



---

**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE  
COMILLAS**

---

---

# **TRABAJO FIN DE MÁSTER**

---

**ESPECIALIDAD EN DERECHO DE LA EMPRESA**

**MÁSTER UNIVERSITARIO  
EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**CURSO 2022-2023**

**ALUMNO: LUIS BARNÉS GUEVARA  
TUTOR: JAVIER VASSEROT GONZÁLEZ**

CONVOCATORIA  
DICIEMBRE 2022



## **RESUMEN:**

El presente Trabajo de Fin de Master tiene por objeto analizar las distintas cuestiones que se plantean a modo de caso práctico llevando a cabo un estudio de la legislación aplicable y de la doctrina y jurisprudencia más autorizada. Se trata de una operación de adquisición de empresa mediante compra de sus participaciones en la que intervienen dos sociedades, una con sede en Luxemburgo (el inversor) y otra con domicilio en España (el trabajador). En la compleja operación de compra se tiene en cuenta la importancia de la legislación en materia de blanqueo de capitales, los requisitos en materia de inversiones extranjeras en sociedades españolas con actividad en sectores estratégicos, las formalidades en la adquisición de participaciones sociales, el otorgamiento de poderes especiales, el traslado del domicilio dentro del territorio español, el cambio en el modo de administrar la sociedad, el nombramiento de administradores, la revocación de poderes generales y la firma de pactos de socios y su idoneidad de traslado a estatutos sociales. Por otro lado, también se analizan las formas de cobertura de contingencias relevantes por IVA, siendo las indemnities la mejor solución. Se estudian formas de financiación de la operación de adquisición, que no choquen con la prohibición de asistencia financiera, formas de refinanciación de la sociedad para disminuir su coste y, por último, se examina la posibilidad de sustitución de un contrato de mantenimiento por otro en favor de una sociedad vinculado a uno de los socios, con la precaución de evitar conflictos de interés.

## **PALABRAS CLAVE:**

Blanqueo de capitales, transmisión de participaciones sociales, pactos de socios, poderes especiales, asistencia financiera, compra apalancada, amortización anticipada.

## **ABSTRACT:**

The purpose of this Master's Thesis is to analyze the different issues that arise as a practical case, carrying out a study of the applicable legislation and the most authoritative doctrine and case law. The case involves an acquisition of a company through the purchase of its shares in which two companies are involved, one based in Luxembourg (the investor) and the other one domiciled in Spain (the employee). The complex purchase operation takes into account the importance of the legislation on money laundering, the requirements regarding foreign investments in Spanish companies with activity in strategic sectors, the formalities in the acquisition of company shares, the granting of special powers of attorney, the transfer of the domicile within Spanish territory, the change in the way of managing the company, the appointment of administrators, the revocation of general powers of attorney and the signing of shareholders' agreements and their suitability for transfer to the company's by-laws. On the other hand, the forms of coverage of relevant VAT contingencies are also analyzed, being indemnities the best solution. Forms of financing of the acquisition operation, which do not clash with the prohibition of financial assistance, forms of refinancing of the company to reduce its cost and, finally, the possibility of replacing a maintenance contract with another in favor of a company linked to one of the partners is examined, with the precaution of avoiding conflicts of interest.

## **KEYWORDS:**

Money laundering, transfer of shares, shareholders' agreements, special powers of attorney, financial assistance, leveraged buyouts, early redemption.

## Listado de Abreviaturas y otros conceptos:

- **Art.:** Artículo
- **Cc:** Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- **CNMC:** Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia
- **DGRN:** Dirección General de los Registros y del Notariado
- **LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- **Lex societatis:** ley rectora de una sociedad civil o mercantil y que rige, en particular, su constitución, su funcionamiento, las relaciones entre sus órganos y los derechos y obligaciones de los socios. Se determina a partir de la sede o de la teoría de la constitución, más recientemente se utiliza la teoría de la incorporación.
- **LME:** Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- **LPBCFT:** Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
- **LSC:** Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- **PBC/FT:** Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
- **RD:** Real Decreto
- **RDPBCFT:** 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.
- **RRM:** Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- **S.A./S.L.:** Sociedad Anónima / Sociedad Limitada.
- **SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.
- **SJM:** Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
- **STS/SSTS:** Sentencia del Tribunal Supremo/ Sentencias del Tribunal Supremo.
- **TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- **TJCE:** Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas.
- **TRLC:** Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
- **UE:** Unión Europea.



## Índice de Contenido:

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	8
<b>1. Presentación del caso:</b> .....	8
<b>2. Cuestiones previas:</b> .....	8
<b>II. INFORME JURÍDICO PARA ABC y XYZ</b> .....	9
<b>1. Objeto del informe</b> .....	10
<b>2. Antecedentes de hechos</b> .....	10
<b>3. Cuestiones planteadas</b> .....	11
<b>4. Análisis jurídico de las distintas cuestiones planteadas</b> .....	13
4.1 La sociedad de responsabilidad limitada en derecho español .....	13
4.2 Sobre la adquisición de participaciones sociales en S.L. española .....	14
A. LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES EN EL TERRITORIO DE LA UE Y CON TERCEROS .....	14
B. CAUTELAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO .....	14
C. RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN VOLUNTARIA DE PARTICIPACIONES SOCIALES POR ACTOS INTER VIVOS .....	18
D. FORMALIDADES EN LA ADQUISICIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES .....	18
i. Escritura pública e inclusión en el libro registro de socios .....	18
ii. Declaración al Registro de Inversiones Extranjeras .....	19
iii. Autorización de la CNMC y del Consejo de ministros .....	21
iv. Declaración sobre el cambio de unipersonalidad .....	21
E. REQUISITOS DE LOS PODERES ESPECIALES .....	21
i. Competencia del órgano de administración .....	22
ii. Forma del Poder.....	22
iii. Contenido del acto de apoderamiento .....	23
iv. Objeto, extensión y límites del poder .....	24
F. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL, CAMBIO DE ADMINISTRACIÓN Y REVOCACIÓN DE PODERES GENERALES .....	25
i. Análisis jurídico .....	25
a. Traslado del domicilio dentro del territorio nacional .....	25
b. Cese y nombramiento de administradores y revocación y nombramiento de poderes generales .....	28
ii. Aplicación al presente caso .....	30
4.3 Pactos de socios .....	31

A.	PLANTEAMIENTO .....	32
B.	LOS PACTOS DE SOCIOS EN DERECHO ESPAÑOL .....	32
4.4	Cobertura de la contingencia fiscal relevante por IVA .....	39
4.5	Financiación en la operación de compra de HP (asistencia financiera) .....	42
A.	FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA .....	43
B.	ALTERNATIVAS: ¿CÓMO SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA? .....	45
4.6	Reestructuración de deuda .....	46
A.	FINANCIACIÓN EXTERNA: SINDICATO BANCARIO ALEMÁN .....	46
B.	FINANCIACIÓN INTERNA: PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS .....	47
4.7	Sustitución del contrato de Operación y Mantenimiento .....	47
<b>5.</b>	<b>Conclusiones .....</b>	<b>48</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1. Presentación del caso:**

El presente Trabajo de Fin de Máster versa sobre una operación de adquisición de empresa por dos sociedades, una luxemburguesa y otra española. ABC y XYZ se disponen a comprar la empresa española con domicilio en Málaga HP y con carácter previo acuden a nuestro despacho con la intención de que le asesoremos en la compleja operación.

### **2. Cuestiones previas:**

En el estudio del caso propuesto tendremos en cuenta los diferentes intereses en juego que son objeto de protección, justificando nuestras respuestas de manera práctica y efectiva.

Concretamente asesoraremos acerca de las obligaciones impuestas por la normativa contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, haciendo especial hincapié en la circunstancia de tratarse de una inversión extranjera dirigida a controlar un alto porcentaje de participación en el capital de una sociedad española que desarrolla su actividad en sectores estratégicos y las comunicaciones y autorizaciones previas que se exigen para la viabilidad de la inversión.

También recomendaremos las mejores soluciones para que sean válidos los poderes especiales concedidos por la sociedad española y la sociedad luxemburguesa y sean aceptados por el notario autorizante de la operación de compra de HP.

Realizaremos un detallado estudio de los pactos parasociales, que carecen de una regulación detallada en derecho español sobre sus tipos, dejándolos en manos de la autonomía de la voluntad con los límites a la misma.

Analizaremos la importancia de elegir buenas formas de financiación de la operación de adquisición, teniendo en cuenta la prohibición de asistencia financiera, proponiendo como solución operaciones de aumento y reducción de capital y la figura de la fusión apalancada permitida por la Ley de Modificaciones Estructurales.



**INFORME JURÍDICO**

**SOBRE**

**“OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE HIDRO POWER S.L.**

**POR**

**ABC CAPITAL EU S.A.R.L.**

**Y**

**XYZ S.L.”**

emitido a petición de

ABC CAPITAL EU S.A.R.L.

y

XYZ, S.L.

**LUIS BARNÉS GUEVARA**

Socio en *Barnés Guevara Abogados*

Madrid

21 de diciembre de 2022

## 1. Objeto del informe

El objeto del presente informe jurídico es dar respuesta detallada a las cuestiones planteadas por las sociedades ABC y XYZ con motivo de la operación de adquisición conjunta de la sociedad HP, sobre requisitos y formalidades de las posibles operaciones mercantiles y societarias a llevar a cabo.

## 2. Antecedentes de hechos

- a. La sociedad ABC Capital EU S.A.R.L. (“ABC”) es una entidad de responsabilidad limitada luxemburguesa dedicada a la inversión en diversos proyectos de infraestructuras en la Unión Europea.
- b. El capital social de ABC es 100% titularidad de la sociedad ABC Global Ltd. (“GLOBAL”), entidad radicada en las Islas Vírgenes Británicas que, a su vez es una entidad 100% participada por el ABC Trust (el “Trust”), un fideicomiso de derecho anglosajón con domicilio social en Bermudas.
- c. La sociedad XYZ S.L. (“XYZ”) es una sociedad de responsabilidad limitada española.
- d. Ambas sociedades han llegado a un acuerdo para adquirir, conjuntamente, el 100% del capital social de Hidro Power S.L. (“HP”).
- e. HP es una sociedad española de responsabilidad limitada, con domicilio social en Málaga, titular del 25% de las centrales hidráulicas operativas en España.
- f. Su capital social asciende a un millón de euros dividido en un millón de participaciones sociales todas ellas titularidad de la sociedad anónima Inversiones Españolas S.A. (“IESA”).
- g. HP está gestionada por un administrador único y no tiene trabajadores.
- h. Los principales contratos suscritos por HP serían una financiación bancaria con Banco Español S.A. (“BE”) por importe de 400 millones de euros (la “Deuda Bancos”) y un contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos S.L. (“OP”), quien presta servicios a HP en exclusiva (el “O&M”). El clausulado de los contratos suscritos por HP es estándar e incluye cláusulas habituales en este tipo de acuerdos, entre otras, cláusulas de cambio de control, diversas garantías prestadas por los socios, etc.
- i. Por su parte, IESA ha concedido préstamos participativos a favor de HP por importe de 100 millones de euros (la “Deuda Socios”), cuya fecha de vencimiento es el 1 de enero de 2030
- j. El balance simplificado (en millones de euros) de HP, a fecha 31 de junio de 2022, es el siguiente:

- k. La transacción proyectada, implica la adquisición por parte de ABC de un 90% del capital social de HP y la adquisición por XYZ del 10% restante, para lo cual ambas entidades utilizarían, en principio, recursos propios. De igual forma, ambos Socios adquirirían siguiendo la misma proporción la Deuda Socios actualmente titularidad de IESA.

La intención de ABC y XYZ es que, tras la operación de adquisición, HP pase a estar administrada por un Consejo de Administración formado por 3 consejeros, siendo dos de ellos nombrados por ABC y el restante por XYZ.

De igual forma, es importante para XYZ poder participar en la toma de decisiones en HP y, con relación a determinadas materias de especial relevancia (e.g. aprobación de Cuentas anuales, contratos con los Socios, etc.) disponer de un derecho de veto. Como contrapartida a lo anterior, uno de los motivos principales por los que ABC ha accedido a participar en la transacción es la gran experiencia que tiene XYZ en la gestión de este tipo de activos y, por tanto, quiere asegurarse de que XYZ se encargue del día a día de la gestión de HP.

### **3. Cuestiones planteadas**

Se procederá a resolver, una por una, las cuestiones que se nos plantean a la vista de la operación de adquisición de HP por los Socios, para que la operación se efectúe respetando todas las particularidades y preferencias, conforme a lo ideado por ellos.

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, ABC y XYZ nos plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

- a. Se analizará si los implicados en la operación tienen que observar algún tipo de formalidad en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y cuáles son.
- b. Se analizará la posibilidad de que ABC, sociedad luxemburguesa, pueda adquirir participaciones sociales en una sociedad española y los requisitos o formalismos a los que deberá ajustarse, en su caso.
- c. De cara al otorgamiento de la compraventa ante notario español por medio de apoderados, detallaremos los requisitos que se han de cumplir para que los poderes especiales que han sido otorgados por los Socios en sus respectivos domicilios sean admitidos por el notario autorizante de la operación.

- d. Además, teniendo en cuenta las características de la operación de compra, se pondrán sobre la mesa una serie de posibles acciones a llevar a cabo con carácter previo, otras con carácter simultáneo y formalidades adicionales a tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición.
- e. Se valorará la idoneidad de acudir a la figura de los pactos de socios o pactos parasociales para asegurar que la distribución 90/10 del capital entre ellos no suponga un problema a la hora de la toma de decisiones. Se indagará sobre los acuerdos que mejor se acomodan a las necesidades de los Socios, entre ellos, la forma de estructurar el derecho que cada uno tiene a nombrar determinados administradores para que el mismo pueda acceder al registro y, si es recomendable trasladar estos acuerdos a los estatutos sociales.
- f. Durante la fase de auditoría legal y fiscal de HP, el asesor fiscal ha identificado una contingencia fiscal relevante por IVA. Durante las negociaciones del contrato, el asesor IESA ha propuesto cubrirlo vía “manifestaciones y garantías”. Explicaremos a grandes rasgos la cobertura que ofrecen y, teniendo en cuenta que IESA no dispone de más activos en balance aparte de HP, estudiaremos si funcionaría en este caso para proteger los intereses de los Socios y otras posibles alternativas.
- g. En principio ABC y XYZ disponen de fondos suficientes para adquirir IESA, pero dado que esta última tiene 500 millones de euros disponibles en la caja, están valorando la posibilidad de utilizar la totalidad o parte de esos 500 millones para pagar el precio de compra (HP no acepta distribuir dicho importe como dividendo con carácter previo a la compra por motivos fiscales). Examinaremos si es posible realizar tal operación y que la sociedad o bien pague por cuenta de los Socios o bien les facilite un préstamo a estos. E indagaremos otras alternativas.
- h. En unidad de acto con la adquisición, está previsto que, entre otras cuestiones, HP traslade su domicilio social a Madrid y se revoquen los actuales poderes generales vigentes, otorgándose unos nuevos. Analizaremos qué órganos están encargados de adoptar estos acuerdos, la forma de documentarlos, los requisitos de eficacia y los sujetos que están encargados de llevarlas a cabo.
- i. Tan pronto adquieran el capital de HP, la intención de ABC y XYZ (dad la excelente relación que ABC tiene con un sindicato bancario alemán) es refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente (tanto la Deuda con Bancos como la Deuda con Socios). Analizaremos cómo llevar a cabo esta operación.
- j. De igual modo, tras la venta está previsto que HP resuelva el contrato de O&M que actualmente mantiene suscrito y los sustituya por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo ABC. Las condiciones de dicho contrato son

ligeramente más onerosas que las del contrato originalmente en vigor, pero no llegan a ser consideradas fuera de mercado. Veremos si es posible sustituir el O&M y, en su caso, qué órganos deberían aprobar la suscripción del nuevo contrato y con qué requisitos. Y cuales son los riesgos en relación con dicha resolución.

#### **4. Análisis jurídico de las distintas cuestiones planteadas**

Una vez expuestos los antecedentes de hecho y las consultas requeridas procedemos a realizar el análisis jurídico de las mismas. Para ello haremos un examen de la legislación y jurisprudencia aplicable a cada una de las cuestiones que se plantean y analizaremos las posibilidades de actuación que mejor se adaptan a las necesidades de las mandantes, proporcionándoles consejo y seguridad en la operación. Al girar la operación entre tres sociedades de responsabilidad limitada, se hace necesario dar unas pinceladas, con carácter previo, sobre la naturaleza, regulación y principales características de las sociedades de responsabilidad limitada.

##### **4.1 La sociedad de responsabilidad limitada en derecho español**

La S.L. puede definirse como sociedad mercantil capitalista, de estructura corporativa, en la que el capital se encuentra dividido en participaciones sociales, e integrado por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales (art. 1.2 LSC).

Al igual que la S.A., la S.L. tiene personalidad jurídica propia y se organiza mediante, al menos, dos órganos: el órgano de administración y la junta de socios. Designa a sus representantes en el tráfico jurídico y asume obligaciones y derechos.

Ambas son sociedades de base capitalista, esto es, se basan en la aportación económica de sus socios, siendo indiferente su identidad, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades personalistas, en las que lo importante es la persona del socio y el vínculo entre ellos y la sociedad, con independencia de la aportación económica que realicen a la sociedad. Por ello, la regla general en las primeras es la libre transmisión de la posición de socio mientras que, en las de base personalista, es la prohibición de su transmisión o, en otro caso, la extinción de la sociedad.

Pues bien, la S.L. podríamos decir que es una sociedad que se encuentra a caballo entre la S.A. y la sociedad personalista y, esta diferencia, se manifiesta en el régimen de transmisión de las participaciones sociales, que dista del régimen de transmisión de las acciones, recogidos en la LSC. Resumidamente, las acciones son valores negociables que se caracterizan por su libre transmisibilidad, salvo que se prevean limitaciones en estatutos y sin llegar, en ningún caso, a la intransmisibilidad (art. 123 LSC). En cambio, el régimen de transmisión de la sociedad limitada parte de la premisa opuesta:

restricciones y condicionamientos a la libre transmisión de las participaciones (art. 107 LSC). Así, la sociedad limitada se presenta como sociedad cerrada, a diferencia de la sociedad anónima que se presenta como sociedad abierta.

## **4.2 Sobre la adquisición de participaciones sociales en S.L. española**

Se plantea la cuestión de si la sociedad luxemburguesa ABC (sociedad de responsabilidad limitada) puede adquirir participaciones en una sociedad española. En primer lugar, examinaremos si existe algún tipo de prohibición a las inversiones intracomunitarias o extranjeras en la legislación vigente y, en segundo lugar, analizaremos las posibilidades según el régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales, teniendo en cuenta también la legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, la teoría del levantamiento del velo o el hecho de que la participación que se adquiere es de una sociedad en cuyo activo figura un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España.

### **A. LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES EN EL TERRITORIO DE LA UE Y CON TERCEROS**

La Unión Europea se asienta en una serie de principios, valores y libertades inherentes que constituyen su razón de ser. Entre ellos, la libre circulación de capitales se erige como libertad fundamental y básica del mercado único de la Unión Europea y la más amplia, por cuanto tiene la particularidad de involucrar a terceros países. Fue introducida con la firma del Tratado de Maastricht como prohibición a cualquier restricción a la circulación de capitales y pagos entre los Estados miembros y entre estos y terceros países y se encuentra actualmente recogida en el art. 63 del TFUE. No obstante, el propio TFUE reconoce la facultad de los Estados miembros para establecer requisitos administrativos sobre las operaciones liberalizadas.

La regla general es la liberalización de las operaciones entre estados, pero veremos las cautelas existentes en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, levantamiento del velo o adquisición de sociedad con participación significativa en sectores estratégicos.

### **B. CAUTELAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO**

Como abogados asesores de la operación de compra de una sociedad, hemos de tener en cuenta las cautelas que exige la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del

terrorismo que, actualmente, se encuentra contenida en la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (“LPBCFT”) y en el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, que la desarrolla (“RDPBCFT”), por cuanto somos sujetos obligados a la prevención en los términos previstos en el art. 2.1 letra ñ) de la ley, bajo pena de sanción.

Las obligaciones impuestas por la ley y el reglamento van dirigidas a identificar al titular formal (art. 3 LPBCFT y arts. 4 y 6 RDPBCFT) y real (arts. 4, 4 bis y ter LPBCFT y arts. 8 y 9 RDPBCFT) de la sociedad y a conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial (art. 5 LPBCFT y art. 10 RDPBCFT) y el origen de los fondos que se emplearían en la operación. Esto es, se pretende obtener certeza sobre quién es el sujeto que está detrás de la operación y/o de la compleja estructura societaria empleada y asegurarse de que los fondos que se emplearían en la operación no provienen de actividades ilícitas.

Como primer escalón en el cumplimiento de la ley, los abogados están obligados a elaborar, mantener actualizado y aplicar un libro -el manual de prevención- en el que se establecen políticas y procedimientos en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Asimismo, están obligados a aprobar una política expresa de admisión de clientes, que será gradual y que incluirá una descripción del tipo de cliente que potencialmente presenta un riesgo superior al promedio (art. 26 LPBCFT).

La LPBCFT es clara en cuanto a las obligaciones que exige a los sujetos obligados en función de las características de la operación, la complejidad de la estructura societaria, del tipo de negocio y los productos y clientes con los que establecen relaciones de negocio. La ley pretende ser flexible, imponiendo medidas más o menos rigurosas en función del mayor o menor nivel de riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que comporten las distintas situaciones, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, por ello, distingue, tres niveles de riesgo y unas obligaciones para cada nivel de riesgo, a las que llama “medidas de diligencia debida normales, simplificadas y reforzadas”. Para clientes de bajo riesgo se aplicarán las medidas normales de diligencia debida y para clientes de alto riesgo las medidas reforzadas. El legislador prevé tres niveles de riesgo, exigiendo obligaciones de comprobación más severas en relación con aquellos países que presenten deficiencias estratégicas en sus sistemas de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo como paraísos fiscales como Barbados, Islas Caimán o Panamá (Reglamento delegado (UE) 2016/1675 de la comisión de 14 de julio de 2016 por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849

del Parlamento Europeo y del Consejo identificando los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas); relaciones de negocio y operaciones con clientes de países, territorios o jurisdicciones de riesgo, teniendo en consideración para el mayor o menor nivel de riesgo factores como que el cliente no sea residente en España o que su estructura societaria sea inusual, excesivamente compleja, o poco transparente (Arts. 11 LPBCFT y 19 RDPBCFT).

Sentado lo anterior, en aplicación del manual de PBC/FT del despacho y en cumplimiento de la normativa de prevención, para identificar las titularidades formales y reales de las personas jurídicas y del fideicomiso de derecho inglés, el origen de los capitales empleados y la finalidad de la operación de compra se exige a ABC, XYZ y HP, los siguientes formalismos:

- HP (Hidro Power S.L.), no presenta un especial riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo puesto que es una S.L. española cuyo capital está en manos de una S.A, también española.

Los documentos que habrá de presentar son:

- Copia de la escritura pública de constitución de la sociedad HP y de aumento o reducción de capital si los hubiere o, certificación del Registro Mercantil de Málaga.
  - En caso de actuar por medio de apoderado, además se aportará el DNI de la persona física apoderada y copia de la escritura pública de apoderamiento.
  - Declaración responsable de titularidad real de HP por su administrador único. Esto es, la identificación de IESA como su socio único. Adicionalmente aportarán algún documento acreditativo de la estructura accionarial y de gestión y de la identidad de los accionistas y administradores de IESA, como sus últimas cuentas anuales depositadas (si incluyen esta información).
  - Información relativa a su actividad profesional y al propósito o índole de la relación de negocios.
- ABC, por ser un cliente de los que presenta un riesgo más alto al promedio, deberá cumplir las medidas de diligencia debida reforzadas. Su estructura societaria es compleja. Observamos que ABC (ABC Capital EU S.A.R.L.) tiene su domicilio en un estado miembro de la Unión Europea, pero todo su capital se encuentra en manos de una sociedad de su mismo grupo (ABC Global Ltd.) con domicilio social en las Islas Vírgenes Británicas, conocido paraíso fiscal, que a su vez es propiedad de un fideicomiso de derecho inglés (el ABC Trust) con



domicilio en Bermuda. Este entramado societario impide, a priori, conocer la titularidad real de ABC, el origen de los fondos empleados o el motivo de la operación y, por ello, está obligado a presentar los siguientes documentos:

- Copia del documento público de constitución de la sociedad ABC luxemburguesa y de aumento o reducción de capital si los hubiere.
  - En caso de actuar por medio de apoderado, además se aportará el DNI de la persona física apoderada y copia de la escritura pública de apoderamiento.
  - Declaración responsable de titularidad real de ABC por su órgano de administración. Esto es, la identificación del ABC Trust con domicilio en Bermuda, como su único titular real. Además, por el alto riesgo que presenta tendrá que aportar los documentos acreditativos de la identidad del fideicomitente, de los fideicomisarios, del protector, de los beneficiarios o clases de beneficiarios y de cualquier otra persona física que ejerza el control efectivo final sobre el fideicomiso, incluso a través de una cadena de control o propiedad, mediante la aportación de los documentos nacionales de identidad o pasaportes, si son personas físicas y de los documentos públicos que acrediten la existencia, denominación, forma, domicilio, identidad de sus administradores, estatutos y número de identificación fiscal, si se trata de personas jurídicas.
  - Información reforzada relativa a su actividad profesional y al propósito o índole de la relación de negocios, mediante la aportación del último impuesto de sociedades, cuentas anuales, memoria anual de actividad, o informe de auditoría externa anual. Indicará, también, si pertenece a un grupo de sociedades y, en su caso, a cuál. Todo ello será comprobado por el despacho por los medios necesarios.
  - Número de la cuenta bancaria desde donde se hará la transferencia de fondos para la operación de compra.
- XYZ, como S.L. española presenta un riesgo bajo y en consecuencia presentará los siguientes documentos:
- Copia de la escritura pública de constitución de la sociedad XYZ y de aumento o reducción de capital si los hubiere o, certificación del Registro Mercantil de su domicilio social.

- En caso de actuar por medio de apoderado, además se aportará el DNI de la persona física apoderada y copia de la escritura pública de apoderamiento.
- Declaración responsable de titularidad real de XYZ por su administrador único.
- Información relativa a su actividad profesional y al propósito o índole de la relación de negocios.

### **C. RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN VOLUNTARIA DE PARTICIPACIONES SOCIALES POR ACTOS *INTER VIVOS***

El régimen de transmisión de las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada se regula en derecho español en el Capítulo III, del Título IV, en los artículos 104 y ss. de la LSC. Al contrario que las acciones, las participaciones no se caracterizan por su fácil transmisibilidad, sino por estar sometida a limitaciones legales o estatutarias.

Los socios prevén el régimen de transmisión de sus participaciones en estatutos sociales, teniendo en cuenta que las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión de las participaciones son nulas y que pueden prohibir su transmisibilidad, pero con una limitación máxima de 5 años u otorgando como contrapartida un derecho de separación al socio en cualquier momento. Y si en estatutos no se dispone otra cosa, se aplica el régimen legal que distingue dos supuestos distintos dependiendo de quién sea la persona a la que el socio pretende vender sus participaciones. Si la transmisión se realiza en favor de otro socio, del cónyuge, de los ascendientes o descendientes del socio transmitente o en favor de sociedades del mismo grupo que la transmitente, la transmisión es libre (art. 107.1 LSC). Pero si las participaciones quieren transmitirse a un tercero (entendido este como aquella persona distinta de las mencionadas anteriormente) la transmisión está condicionada a la previa autorización por la sociedad mediante acuerdo adoptado en junta de socios.

### **D. FORMALIDADES EN LA ADQUISICIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES**

#### **i. Escritura pública e inclusión en el libro registro de socios**

En primer lugar, el negocio jurídico de transmisión de participaciones sociales es un acto que no requiere de una forma especial para su validez, aunque a efectos probatorios y de publicidad frente a terceros lo mejor será que el contrato se documente en escritura pública.

En este sentido las SSTS de 5 de enero de 2012 y 14 de abril de 2011 confirman los efectos puramente probatorios y de oponibilidad de la escritura pública en la transmisión de participaciones sociales, negando su carácter de requisito *ad solemnitatem*.

Por otra parte, ABC solicitará su inclusión en el libro registro de socios, facilitando su razón social y domicilio, ya que la sociedad solo reputará socio a quien se halle inscrito en dicho libro (art. 104.2 LSC). Se trata de un libro en poder de la sociedad que registra la titularidad originaria y sucesivas transmisiones de las participaciones sociales.

## ii. Declaración al Registro de Inversiones Extranjeras

En segundo lugar, al ser la sociedad adquirente (ABC) una sociedad luxemburguesa, cuya titularidad real la ostenta un fideicomiso de derecho anglosajón (el ABC Trust) con domicilio en Bermuda, la adquisición tiene la consideración de inversión extranjera.

Por lo que a inversiones extranjeras se refiere, la regla general es la liberalización de operaciones entre estados, aunque también es cierto que estos suelen establecer ciertas restricciones, condicionamientos, cautelas o declaraciones previas en relación con determinadas materias, con dos objetivos: de un lado, el conocimiento administrativo, estadístico o económico de tales operaciones, y, de otro, la posibilidad de adoptar medidas justificadas por razones de orden público y seguridad pública.

Justamente la normativa española vigente supedita la validez del negocio jurídico de adquisición de participaciones sociales por ABC a la autorización de la autoridad pública competente, la declaración al Registro de Inversiones Extranjeras a lo que se añade una declaración posterior a efectos informativos al Ministerio de Economía y al Banco de España.

ABC está obligada a solicitar la autorización mediante la declaración de inversiones extranjeras porque la titularidad real de la inversión proviene de un fideicomiso radicado en Bermuda, paraíso fiscal, y porque la inversión se dirige a controlar un sector estratégico como el de producción de energía eléctrica, por cuanto el resultado de la operación supondría adquirir el 25% de las centrales hidráulicas operativas en España.

ABC dirigirá su solicitud al Registro de Inversiones Extranjeras por medios electrónicos y siguiendo los pasos siguientes:

- Deberá rellenar telemáticamente el formulario del modelo DP-1 (se adjunta como Anexo 1 a efectos ilustrativos) que obtendrá, también telemáticamente, utilizando el programa de ayuda *AFORIX* disponible en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de Comercio

en la dirección “<https://sede.comercio.gob.es>” accediendo a la opción de Procedimientos y servicios electrónicos->Descarga de programas de ayuda->AFORIX Programa para la cumplimentación de Formularios de Inversiones Exteriores. Deberá cumplimentar el formulario siguiendo las siguientes indicaciones:

- En el casillero 1 (Razón social, NIF, domicilio y actividad principal) consignará la razón social, NIF y domicilio de Hidro Power S.L.  
En el espacio destinado al efecto, se describirá brevemente la actividad principal y se indicará el código CNAE a cuatro dígitos del sector principal de actividad.
  - En el casillero 2 (Porcentaje de participación extranjera en la empresa española) deberá señalarse, con dos decimales, el porcentaje de participación de ABC y el total de inversión extranjera antes y después de la operación. Esto es: 0,00% y 100,00%; 0,00% y 100,00%.
  - En el casillero 3 (Titular de la inversión) se indicará el titular del proyecto de inversión que se declara, con sus apellidos y nombre o razón social, domicilio, denominación del país de residencia y su código. ABC cumplimentará los datos de identidad del ABC Trust, con indicación en hoja Adicional de la identidad del fideicomitente, de los fideicomisarios, del protector, de los beneficiarios o clases de beneficiarios y de cualesquiera otros que ejerzan el control efectivo final sobre el fideicomiso.
  - En el casillero 4 (Operación) se consignará la clase de operación, indicando su naturaleza mediante el uso del código: 03. Adquisición de acciones o participaciones a residentes, a título oneroso
  - El casillero 5 (Declaración) se cumplimentará con los datos de ABC o de su representante, lugar, fecha y firma.
  - En el casillero 6 (Datos de contacto para notificaciones) se indicarán la razón social (ABC Capital EU S.A.R.L.) y una persona de contacto, la dirección postal completa, teléfono y correo electrónico, de quien recibirá las notificaciones o comunicaciones sobre la declaración.
- Una vez cumplimentado y obtenido el archivo de Aforix, identificado con una @ de color rojo y con la extensión .aforixm., deberá firmarlo electrónicamente con certificado digital. Se generará otro nuevo documento, identificado con una @ de color azul y con la extensión .aforixd. ABC tiene que tener en cuenta que ese nuevo documento ya no es editable

y cualquier alteración realizada en él, invalidará la firma electrónica y el documento, que no se podrá presentar.

- Una vez firmada electrónicamente la declaración, ABC tendrá que presentarla telemáticamente, siguiendo los pasos en *AFORIX*.

Para cualquier consulta ABC puede dirigirse a la dirección de correo electrónico [invextran@mincotur.es](mailto:invextran@mincotur.es).

### iii. Autorización de la CNMC y del Consejo de ministros

Con carácter previo a la solicitud de autorización de inversión extranjera y a la ejecución de la inversión, ABC deberá comunicar a la CNMC su proyecto de inversión (art. 7 Ley 3/2013 de 4 de junio, de la CNMC). La CNMC es la encargada de examinar el proyecto, de analizar si se ajusta a las normas de competencia y del mercado español y autorizarla o no, con o sin reservas. La última palabra la tienen el Consejo de ministros autorizando o denegando la operación.

### iv. Declaración sobre el cambio de unipersonalidad

Junto con todo lo anterior, en la hoja abierta a la sociedad, deberá indicarse el cambio de unipersonalidad ya que HP deja de estar formada por un socio único a estar formada por dos. Se trata de exigencias formales que se contienen en los arts. 13 LSC y 203 RRM.

## **E. REQUISITOS DE LOS PODERES ESPECIALES**

ABC y XYZ van a otorgar poderes especiales en sus respectivos domicilios, esto es, ABC en la ciudad de Luxemburgo y XYZ en Madrid, para que otra persona comparezca en su nombre en el acto de otorgamiento de la escritura de compraventa de participaciones sociales y, desean saber qué requisitos deben cumplir dichos poderes especiales para ser admitidos por el fedatario público español.

El apoderamiento es un acto unilateral de voluntad por el que se faculta a otra persona, el apoderado, para actuar por cuenta ajena y en interés del poderdante, con las facultades que se determinen, dentro de los límites marcados y cuya actuación obliga al poderdante frente a los terceros. En este caso, el apoderado es un representante voluntario de la sociedad.

Para que estos sean válidos de cara a la posterior escritura de compraventa, es importante tener en cuenta una serie de factores, como la persona o personas físicas que tienen la competencia para otorgar el poder especial, la forma del poder o la necesidad de contar con la autorización previa de la sociedad si se trata de la adquisición de activos esenciales.

Exponemos todo a continuación.

#### i. Competencia del órgano de administración

El otorgamiento de un poder de representación constituye un acto de gestión de la sociedad y, como tal, corresponde hacerlo al órgano de administración. De esta manera, habrá que estar a lo dispuesto en los estatutos sociales de las respectivas sociedades, en lo atinente a su forma de administración, para determinar a quién o a quiénes corresponde su otorgamiento, según la gestión se encomiende a un administrador único, a varios administradores mancomunados o solidarios o a un consejo de administración.

Estas son las posibilidades:

- En caso de administrador único: corresponde a este su otorgamiento.
- En caso de administradores mancomunados: Habrá que estar a lo dispuesto en estatutos sobre representación de la sociedad y actos de gestión y, en su defecto, corresponderá a dos de ellos conjuntamente.
- En caso de administradores solidarios: corresponderá a cualquiera de ellos individualmente.
- En caso de consejo de administración: La decisión se adoptará según la forma de deliberar y adoptar acuerdos, con las mayorías fijadas en estatutos y el otorgamiento se hará por medio de su presidente o consejero delegado.

#### ii. Forma del poder

Para que el notario de la subsiguiente operación de compra admita los poderes especiales, será necesario que estos estén documentados en escritura pública o documento fehaciente equivalente pues no admitirá un poder en documento privado. Por ello, la sociedad española XYZ, por medio de su órgano de administración, deberá acudir ante notario para otorgar el poder especial en escritura pública, pagando la tasa correspondiente. La sociedad luxemburguesa, en cambio, dispone de dos alternativas posibles: otorgar el poder ante notario luxemburgués o hacerlo ante cónsul español.

- Otorgamiento de poder especial por el órgano de administración de XYZ ante notario español: al acto de otorgamiento comparecerá el órgano de administración de XYZ. El/los administrador/es aportará al notario su DNI y la copia autorizada de la escritura en la que conste su nombramiento como administrador, que contendrá una hoja al final con el sello

acreditativo de su inscripción en el RM, a efectos de que el notario compruebe su identidad, capacidad y legitimación para actuar en nombre de la sociedad.

- En cambio, para que el notario español acepte el poder especial otorgado por ABC en Luxemburgo, existen dos opciones alternativas (inclinándonos nosotros claramente por la segunda):
  - o Otorgar el poder ante notario o autoridad equivalente luxemburguesa. En esta primera opción en el poder deberá dejarse constancia de que la autoridad luxemburguesa que autorice el poder especial desarrolla funciones de fedatario público, asegurando en el propio documento de apoderamiento que se ha comprobado la identidad y capacidad del otorgante, la intervención del notario luxemburgués en la misma y que el poder cumple las formalidades de la legislación luxemburguesa para su completa validez. Además, se acompañará una traducción jurada del idioma empleado al español y es un requisito esencial la legalización del documento con la apostilla de la Haya, sin la cual el poder especial extranjero no será válido.
  - o Otorgar el poder ante el Consulado español en Luxemburgo. Esta segunda opción es la recomendada pues basta con presentarse en la Oficina del Consulado Español en Luxemburgo y proceder de la misma manera que se seguiría ante notario español, aportando los documentos exigidos, formalizándose el acto con la firma del Cónsul español.

### iii. Contenido del acto de apoderamiento

- Lo normal es que, tanto en el acto ante notario español como ante cónsul español o notario luxemburgués, se hagan constar los siguientes extremos:
  - Identificación del administrador único /administradores mancomunados /administrador solidario/presidente o consejero delegado del consejo de administración que otorga el poder, por medio de su DNI.
  - Cargo que representa en la sociedad: Administrador único, mancomunados, solidario, presidente o consejero delegado del consejo de administración, por medio de la copia autorizada de la escritura pública en la que conste su nombramiento e inscripción en el RM.
  - Denominación o razón social, domicilio social y CIF: Se aportará la copia autorizada de la escritura pública de constitución y de modificación de

estatutos si las hay y se indicará el tomo, libro y hoja abierta en el RM donde se encuentra inscrita.

- Identificación del apoderado: indicando su nombre y DNI, quién no comparece en este acto y no tiene que aceptar el poder.
- Tipo de poder: Poder especial para la adquisición de *X número de participaciones sociales* de Hidro Power S.L, numeradas de la 1 a la X. Con facultad para elevar a público.
- Precio: Al precio de 1€ por participación social.
- Forma de pago: A pagar íntegramente en el acto mediante transferencia bancaria/ cheque/ *otros*.
- Demás condiciones de la operación.
- Autorización en el supuesto de compra de activos esenciales. Si el importe de la adquisición programada (100.000€ y 900.000 € respectivamente) supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado de las sociedades, se considera adquisición de activos esenciales y requiere de previo acuerdo expresado en junta general, por ser competencia exclusiva de esta. Así, el administrador manifestará que no se trata de un activo esencial o, en caso de serlo, aportará la certificación del acta de la junta en la que se adoptó el acuerdo, con las mayorías.
- Titularidad real, pues el notario es sujeto obligado según la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
- Extensión y límites del poder.

#### iv. Objeto, extensión y límites del poder

Una de las cuestiones en las que hay que prestar más atención, es en la definición de las concretas facultades que se delegan. No olvidemos que, una vez conferido el poder, el poderdante queda obligado por las actuaciones ejecutadas por el apoderado, aunque este se extralimite. Por ello, fijar los límites del poder es sumamente importante de cara a la exigencia de responsabilidad en caso de incumplimiento de los límites del mismo.



En consonancia con lo anterior, el órgano de administración de XYZ y de ABC debe delimitar muy bien las facultades conferidas y los contornos del poder, definiendo qué actuaciones sí puede llevar a cabo y cuáles no. Para ello, en ambos casos nuestra recomendación es que se parta del acuerdo existente entre ellos para adquirir conjuntamente la sociedad HP y así definir bien cuales son los límites de cada uno.

Así, se tratará en ambos casos de un poder para un acto concreto, con facultades de adquisición de las participaciones sociales de HP en la ejecución del acuerdo entre XYZ y ABC de la operación de adquisición conjunta de HP y de elevación a escritura pública de dicho acuerdo. Será un poder expreso y especial con facultad para adquirir el dominio sobre determinados bienes muebles, concretamente para asumir 100.000 participaciones de HP en el caso del apoderado de XYZ y de 900.000 participaciones de HP en el caso del apoderado de ABC y, en ambos casos, por el precio, método de pago y demás condiciones pactadas y, con facultad para su elevación a público.

## **F. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL, CAMBIO DE ADMINISTRACIÓN Y REVOCACIÓN DE PODERES GENERALES**

En unidad de acto con la operación de adquisición de HP, los Socios desean trasladar el domicilio social de HP de Málaga a Madrid, revocar los poderes generales vigentes y otorgar unos nuevos. Los socios nos preguntan a cerca de los órganos que tendrán que adoptar estos acuerdos, la forma de documentarlos para su plena eficacia y las personas encargadas de ello.

Los acuerdos son tres: el traslado del domicilio social dentro del territorio español, el cese y nombramiento de administradores y la revocación y nombramiento de apoderados generales. Hay que tener en cuenta, primero: que el traslado de domicilio supone modificación de estatutos y salvo que en estos se haya previsto expresamente lo contrario, ambos, la junta de socios y el órgano de administración, son competentes para trasladar el domicilio dentro del territorio español. Segundo, que el cese y nombramiento del órgano de administración es competencia exclusiva de la junta de socios y el nombramiento y revocación de poderes generales es competencia exclusiva del órgano de administración. Y tercero, que tanto el cambio en el modo de organizar la administración, como el nombramiento de nuevos apoderados precisan de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (art. 210.4 LSC y arts.94.1. numerales 4º y 5º RRM).

### **i. Análisis jurídico**

#### **a. Traslado del domicilio dentro del territorio nacional**

El domicilio social es el lugar en que se encuentra el centro de administración y dirección de una empresa o el lugar en que radica su principal establecimiento o centro de explotación. El art. 9 LSC obliga a las sociedades a fijar su domicilio en uno de estos lugares.

El domicilio social constituye un elemento esencial que ha de consignarse en los estatutos sociales (art. 23.c LSC y art. 182 RRM, en relación con el art. 176 RRM) que han de regir el funcionamiento de la sociedad limitada. En el ámbito societario, el domicilio social cumple una función identificadora y localizadora de la sociedad en su relación con otros sujetos de derecho y constituye un atributo de su personalidad jurídica.

Por un lado, el domicilio social determina la “lex societatis” aplicable y constituye un factor relevante en relación al funcionamiento de los órganos de la sociedad, así como en relación al ejercicio de los derechos corporativos por los socios (arts. 172, 272, 276, 287, 300, 308, 356 LSC). También, determina la competencia del Registrador mercantil y Letrado de la Administración de Justicia a efectos de convocatoria de la junta general (art. 169 LSC), lugar de celebración de la junta general (art. 175 LSC) y de reunión del consejo de administración (art. 246.2 LSC), de custodia de los libros de socios y documentos contables, así como del acceso a éstos y de pago del precio de rescate, en supuestos de separación o exclusión y pago del dividendo.

Por otro lado, el domicilio es el elemento determinante de la jurisdicción (arts. 51 y 52 LEC) y competencia territorial aplicable en materia de sociedades (arts. 40, 139.3, 141.2, 189, 171 LSC) y concursal (arts. 44 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) así como de la competencia registral (art. 17 RRM) y de la nacionalidad de la sociedad (art. 8 LSC y art.9.11Cc).

Por las distintas consecuencias que acarrearán, el traslado del domicilio social dentro del territorio nacional y el traslado al extranjero, se regulan de forma distinta en la LSC. Nos centraremos en el traslado nacional del domicilio social, por cuanto la cuestión planteada supone trasladar el domicilio de Málaga a Madrid.

El art. 285.2 LSC, como una excepción al principio de que la junta general es competente para acordar cualquier modificación estatutaria – y el traslado de domicilio lo es –, faculta al órgano de administración para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos. La redacción actual del art. 285.2 LSC proviene de una modificación por la Ley 9/2015, de 25 de mayo que amplía geográficamente la competencia del órgano de administración

y permite a los administradores su traslado ya no solo dentro del mismo término municipal, sino dentro de todo el territorio nacional sin contar con la Junta General.

Por su parte la RDGRN de 30 de marzo de 2016 matiza que con *“La modificación que se produce en el apartado 2º del artículo 285 del TRLSC (la nueva redacción del precepto se produce en virtud del número uno de la disposición final primera de Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal) al atribuir la competencia para el traslado de domicilio social al órgano de administración, lo que hace es ampliar la competencia de los administradores respecto de la situación anterior a su entrada en vigor y en ningún caso restringirla. [...] La única posibilidad de que el precepto estatutario fuera contrario a esta competencia es que hubiera reservado la competencia exclusiva para el cambio de domicilio social a la Junta general, pues de este modo habría limitado la competencia del órgano de administración.”*

La Sentencia de 4 de marzo de 2021 (JUR 2021/142235) del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona establece que no obstante la competencia exclusiva de la junta general para modificar los estatutos, *“el traslado del domicilio social dentro del territorio nacional también puede ser acordado por el órgano de administración, directamente y sin necesidad de intervención de la junta, salvo disposición contraria de los estatutos.”*, lo que quiere decir que el traslado del domicilio dentro del territorio nacional no se atribuye en exclusiva al órgano de administración, sino que es una competencia compartida con la Junta general, pudiendo tomar la decisión los administradores o los socios.

Formalmente, el cambio de domicilio supone una modificación de estatutos que requiere que se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro Mercantil (art. 290 LSC). También es importante saber que cuando el traslado de domicilio social se produce a una provincia distinta, se tiene que cumplir lo dispuesto en el art. 19.1 RRM. Según este artículo, cuando un sujeto inscrito traslade su domicilio a otra provincia deberá presentar en el Registro Mercantil de destino certificación literal de todas sus inscripciones, a fin de que se trasladen a la hoja que se le destine en dicho Registro. La certificación deberá comprender las cuentas anuales correspondientes a los últimos cinco ejercicios y no podrá expedirse sin previa presentación del documento que acredite el acuerdo o decisión del traslado, o en virtud de solicitud del órgano de administración, con firmas debidamente legitimadas. Una vez expedida, el Registrador de origen lo hará constar en el documento en cuya virtud se solicitó y por diligencia a continuación del último asiento practicado, que implicará el cierre del Registro. En la certificación deberá hacerse constar expresamente que se ha practicado dicha diligencia en el Registro.

El Registrador de destino transcribirá literalmente el contenido de la certificación en la nueva hoja, reflejando en inscripción separada el cambio de domicilio. A continuación, el Registrador de destino comunicará de oficio al de origen haber practicado las inscripciones anteriores, indicando el número de la hoja, folio y libro en que conste. Este último extenderá una nota de referencia expresando dichos datos registrales.

La certificación tendrá una vigencia de tres meses desde su expedición, transcurridos los cuales deberá solicitarse una nueva certificación. El cierre del Registro como consecuencia de la expedición de la certificación tendrá una vigencia de seis meses, transcurridos los cuales sin que se hubiese recibido el oficio del Registrador de destino acreditativo de haberse practicado la inscripción en dicho Registro, el Registrador de origen por medio de nueva diligencia procederá de oficio a la reapertura del Registro.

Por último, por lo que respecta a las personas que deben llevar a cabo estas formalidades, el art. 108 RRM afirma que *“La elevación a instrumento público de los acuerdos sociales corresponde a la persona que tenga facultad para certificarlos.”* Es decir, los sujetos que recoge el art. 109 RRM, esto es, al secretario y, en su caso, al Vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador, con el visto bueno del Presidente o del Vicepresidente, en su caso. Estos sujetos deberán tener su cargo vigente en el momento de la expedición y para la inscripción de los acuerdos contenidos en la certificación deberá haberse inscrito, previa o simultáneamente, el cargo del certificante.

El art. 108 RRM también permite que puedan hacerlo *“cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos. La elevación a instrumento público por cualquier otra persona requerirá el otorgamiento de la oportuna escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos en cuyo caso deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Este procedimiento no será aplicable para elevar a públicos los acuerdos sociales cuando se tome como base para ello el acta o testimonio notarial de la misma.”*

#### b. Cese y nombramiento de administradores y revocación y nombramiento de poderes generales

La competencia para el nombramiento y cese de administradores corresponde en exclusiva a la junta general (art. 160. b y 214.1 LSC) y la revocación de poderes generales y el otorgamiento de nuevos corresponde en exclusiva al órgano de administración pues es este el que ostenta la

representación de la sociedad (arts. 209 y 233 LSC) y la DGSJFP en Resolución de 11 de febrero de 2014 lo corrobora afirmando que *“Es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo, que **la Junta general no puede otorgar poderes –y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos–**, ya que el órgano competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él (cfr. artículos 209 de la Ley de Sociedades de Capital; 07 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; y Resoluciones de este Centro Directivo de 8 de febrero de 1975; 31 de octubre de 1989; 26 de febrero de 1991; 13 de octubre de 1992; 1 de marzo y 7 de diciembre de 1993, y 4 de febrero de 2011).”*

Si los Estatutos tienen previstos distintos modos de organizar la administración de la sociedad (art. 210.4 LSC y 185 RRM) la Junta General podrá optar alternativamente por cualquiera de ellos sin que ello suponga una modificación de estatutos, exigiéndose las mayorías legales (art. 199 LSC: voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones sociales) o reforzadas estatutarias (art. 200 LSC con el límite del art. 223.2 LSC: dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales) de modificación de estatutos o las mayorías ordinarias (art. 198 LSC: mayoría de votos siempre que representen un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales) según el caso y quedando documentado en el acta de la Junta General aprobada al final de la misma (art. 202 LSC), salvo que se trate de acta notarial (art. 203 LSC), en cuyo caso no necesita aprobación. El acuerdo en el que la Junta General ejercite su facultad de optar por un modo de administración distinta se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil (art. 193 RRM). Además, el cese de administradores es un asunto que no tiene que constar en el orden del día (art. 223.1 LSC) por lo que podrá acordarse en cualquier junta.

Por lo que respecta a su forma de documentación y las personas que intervienen, el cese y nombramiento de administradores **debe ser inscrito en el Registro Mercantil** (art. 215 LSC y art. 94.1.4º RRM). El art. 107 RRM establece la elevación a **escritura pública** de los acuerdos de la Junta General, presentando al notario autorizante el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos, certificación de los acuerdos o copia autorizada en caso de constar los acuerdos en acta notarial, correspondiendo su elevación a las personas que establece el art. 108 RRM – ya comentado –, entre ellas, el Secretario o Vicesecretario del Consejo de Administración con el visto bueno del presidente o vicepresidente y el administrador único.

Ahora bien, para que los acuerdos de cese de la administración saliente y nombramiento de la administración entrante puedan inscribirse en el Registro Mercantil, es preciso que se respeten los pasos que explicamos a continuación.

1º. Celebración de Junta General, cese y nombramiento de administradores: El órgano de administración tiene obligación de asistir a la celebración de la Junta General (art. 180 LSC) en la que va a ser cesado y nombrados los nuevos administradores. Una vez adoptados los acuerdos y a efectos de que la salida del antiguo y la entrada del nuevo se haga de la mejor manera posible, para que pueda inscribirse inmediatamente el cese y nombramiento en el Registro Mercantil, el administrador saliente podrá certificar el acuerdo de su propio cese presentando el documento a inscripción, podrá firmar el propio certificado como administrador saliente junto a la firma del entrante, dándose por enterado de la sustitución o podrá aportar un documento a parte (que presentará el entrante) en el que manifieste sus consentimiento, con firma legitimada ante notario. En caso de no comparecer el antiguo, lo podrá hacer el entrante nombrado notificando la sustitución al anterior de forma fehaciente en su domicilio, pero, en este caso, la inscripción no se podrá practicar inmediatamente, sino que tendrá que transcurrir un plazo de 15 días desde el asiento de presentación sin oposición del saliente (art. 111 RRM).

Por último, en lo que se refiere a la revocación de poderes generales, la decisión o el acuerdo del órgano de administración se elevará a escritura pública (art. 107 RRM) por los sujetos con facultad certificante (arts. 108 y 109 LSC), según lo visto anteriormente y los presentarán para su inscripción en el Registro Mercantil, por tratarse de un aspecto que está sujeto a inscripción registral (art. 94.1. 5º RRM).

## **ii. Aplicación al presente caso**

Visto lo anterior, para que todos estos acuerdos se puedan adoptar en unidad de acto con la adquisición, entendiéndose como tal el hecho de que consten en números sucesivos de protocolo del notario autorizante, tanto la Junta General como el Órgano de Administración deben estar presentes.

Una vez adquiridas las participaciones de IESA en HP, ABC y XYZ son socios de la S.L., con todos sus derechos y pueden constituirse en Junta General Universal en la notaría para adoptar el acuerdo de cese del administrador único y su sustitución por un Consejo de Administración nombrado por tres miembros. Al tratarse de un órgano colegiado de administración, los acuerdos se adoptan por mayoría y la facultad para certificar el acuerdo, elevar a público y presentarlo a inscripción en el Registro Mercantil es del Secretario o Vicesecretario con el visto bueno del Presidente o Vicepresidente de dicho órgano. Como ambas partes de la operación están interesadas en su ejecución

efectiva, el administrador único debería comparecer y facilitar la sustitución firmando el certificado del acuerdo junto a la firma del que sea Secretario del Consejo o de cualquiera de las maneras expresadas antes, conforme al art. 111 RRM. Aunque ya sabemos que, en caso de no colaborar el administrador único saliente en la salida, simplemente la inscripción del nuevo nombramiento en el Registro Mercantil deberá esperar 15 días.

Por otra parte, y ya nombrado el nuevo modo de organización, el Consejo es competente para trasladar el domicilio de Málaga a Madrid, sin necesidad de acuerdo de la Junta General (SJM N°4 de Barcelona de 4 de marzo de 2021), acuerdo que adoptará y elevará a público su Secretario con el visto bueno del Presidente. Para que el traslado de domicilio pueda inscribirse en el Registro Mercantil de Madrid, el Secretario deberá solicitar en el Registro Mercantil de Málaga, certificación literal de todas las inscripciones en dicho registro para su traslado al de Madrid, aportando certificación del acuerdo de traslado y las cuentas anuales de los últimos 5 años. El Registrador Mercantil de Málaga, después de hacer constarlo constar en el documento de solicitud presentado y mediante diligencia a continuación del último asiento que implicará el cierre del Registro, devolverá el documento al Secretario. El registrador de Madrid transcribirá en la nueva hoja abierta en el Registro Mercantil de Madrid el contenido de la certificación y lo comunicará al de Málaga.

Asimismo, el Consejo de Administración es competente para la revocación de los poderes generales vigentes y para el nombramiento de otros nuevos (RDGSJFP de 11 de febrero de 2014).

También se hará constar en escritura pública la pérdida de su condición de sociedad unipersonal (art. 13 LSC y 203 RRM), que pasa a estar integrada por dos socios: ABC y XYZ.

Todos estos acuerdos serán elevados a escritura pública tras la adquisición de las participaciones que ostentaba IESA en HP por el Secretario del Consejo de Administración, siendo el primer acuerdo el del cese y nombramiento de administradores para que el Notario autorice la elevación del resto de acuerdos adoptados, el traslado del domicilio y la revocación de poderes generales.

### **4.3 Pactos de socios**

Tras la adquisición conjunta de HP por los Socios, conscientes de la distribución del capital entre los ellos, en la proporción de 90%-10%, nos preguntan acerca de la idoneidad de firmar pactos de socios y, en caso afirmativo, cuáles son los más adecuados para el tipo de operación que llevan a cabo y la viabilidad y recomendación de trasladarlos a los estatutos.

## A. Planteamiento

En una operación de adquisición de empresa como esta, vemos rápidamente que la finalidad del titular real de ABC es la de obtener un beneficio económico en un corto plazo de tiempo mediante la explotación de un negocio. Su objetivo es la inversión y rápida desinversión en un modelo de negocio rentable. En este caso ABC ha decidido invertir en el negocio de explotación de centrales hidráulicas en España, pero, consciente de que no es un especialista en la materia, lo ha hecho conjuntamente con XYZ que sí es experta en la gestión de este tipo de activos. Si consiguen buenos resultados, ambas saldrán beneficiadas. Y se necesitan mutuamente, por cuanto ABC cuenta con los recursos económicos, pero no con la experiencia y XYZ tiene la experiencia, pero no los recursos. Lo ideal es que XYZ gestione el día a día de la sociedad. Consecuentemente, los intereses de los Socios tienen que ser paralelos al interés o finalidad de la operación.

Además, es importante resaltar que, en las operaciones de este tipo, los Socios habrán firmado un plan de negocio a corto plazo con la política a seguir para obtener la máxima rentabilidad, siendo conscientes de que, muy probablemente, no notarán los beneficios en los primeros años.

Seguidamente, veremos los pactos más interesantes para los Socios, como mecanismos para impedir que alguno de ellos se desvincule antes de tiempo, frustrando la inversión.

## B. Los pactos de socios en Derecho español

Los pactos de socios se pueden definir, siguiendo a CÁNDIDO PAZ-ARES, como “los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, *en sus relaciones internas*, las reglas legales y estatutarias que la rigen.” Se presentan como un traje a medida dirigido a mejorar las relaciones jurídicas entre los socios, concretando el contenido básico y elemental contenido en estatutos, pudiendo manifestarse en documento público o privado. El art. 29 LSC los reconoce expresamente estableciendo que “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.”, pero no tienen una regulación concreta y detallada en Derecho español (igual que ocurre en derecho continental y a diferencia de lo que pasa en el derecho americano y anglosajón).

La validez de los pactos parasociales no se discute y es una cuestión totalmente aceptada por la doctrina y jurisprudencia (SSTS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2850), 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 9043), o 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 17).



Por lo que respecta a su eficacia, la STS de 7 de abril de 2022 (RJ 2022\1974) los define como *“aquellos convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos”* acuerdos que se consideran válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad (sentencias 128/2009, de 6 de marzo (RJ 2009, 2793) , y 138/2009, de 6 de marzo (RJ 2009, 2794)). Se trata de un contrato asociativo (sentencia 296/2016, de 5 de mayo (RJ 2016, 2455)) **distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica (sociedad anónima o limitada), de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran.**”

Los pactos parasociales se pueden clasificar en tres grupos: pactos de relación, pactos de atribución y pactos de organización. Los primeros se caracterizan por su neutralidad frente a la sociedad regulando directamente las relaciones recíprocas de los socios sin mediación de la sociedad. Los segundos se caracterizan por atribuir alguna ventaja a la sociedad, como la obligación de los socios de abstenerse de competir con la sociedad. Los terceros se caracterizan porque mediante ellos los socios regulan la organización, el funcionamiento y la toma de decisiones dentro de la sociedad, instrumentándose a través de sindicatos de voto o acuerdos similares. Son los más relevantes, a la vez que conflictivos.

#### i. ENTRADA Y SALIDA DE SOCIOS

##### - Cláusula de permanencia o de lock – up: Prohibición de la transmisión por plazo de 5 años.

Se trata de una cláusula que se establece con el objetivo de impedir que salga de la sociedad el socio que conoce los productos a desarrollar, el que tiene el conocimiento para explotar el producto empresarial, vendiendo sus participaciones sociales. Se trata de impedir que el socio trabajador salga de la sociedad mientras el socio inversor mantenga su inversión, bloqueando su salida. De esta manera el socio inversor podrá seguir invirtiendo en el producto para que siga evolucionando, creando valor, generando beneficios. Habitualmente se establecen penalizaciones o cláusulas penales con la finalidad de desincentivar la salida del socio trabajador del proyecto. El incumplimiento de esta cláusula lleva aparejadas sanciones en función de que se considere *good leaver* o *bad leaver*, esto es, dependiendo de si el trabajador se desliga de la sociedad de buenas o de malas maneras. Por ello, es importante determinar bien las causas y los límites que tienen la consideración de buena o mala salida para saber con

certeza cuándo se activarán las penalizaciones, que consistirán en el pago de una indemnización económica por el socio trabajador que incumple al socio inversor. El período que se establece de prohibición de la transmisión de las participaciones sociales suele ser de entre 3 y 5 años, tiempo suficiente para que el inversor haya obtenido sus frutos y pueda pensar en vender su participación. Además, el plazo de 5 años se establece como máximo legal para la intransmisibilidad de las participaciones sociales junto a la imposibilidad de separarse de la sociedad (art. 108.4 LSC) por lo que este límite temporal no debe excederse, si queremos que este pacto se traslade a los estatutos sociales.

## ii. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES

### - Derecho de arrastre o *Drag Along*: Imposición de venta a los socios minoritarios.

El derecho de arrastre es una cláusula que se establece en beneficio del socio mayoritario para posibilitar su salida de la sociedad. Permite al socio inversor o mayoritario, obligar a que los minoritarios vendan sus participaciones, cuando la oferta de compra efectuada por el tercero supera las participaciones sociales que ostenta el mayoritario. Si un tercero, por ejemplo, se ofrece a comprar el 100% de la sociedad, el mayoritario podrá obligar a los minoritarios a que vendan su participación. Faltando esta cláusula el socio mayoritario no podría salir de la sociedad si los minoritarios se niegan a vender voluntariamente. Con esta cláusula se consigue que el socio mayoritario pueda negociar la venta de la sociedad en su totalidad, evitando que un minoritario frustre la operación. Normalmente en la negociación de esta cláusula para su inclusión en los pactos de socios, se fijará un valor mínimo como requisito para su activación y utilización por el socio mayoritario. Es decir, solo si la oferta de compra supera el valor razonable pactado en el pacto de socios, podrá el socio mayoritario hacer uso de la cláusula de *Drag Along* y proceder a la venta de las participaciones, obligando al resto a vender las suyas. También es habitual que se articule un derecho de adquisición preferente que podrán ejercitar los socios minoritarios durante un plazo determinado, transcurrido el cual, sin ejercicio del mismo, tendrán que vender su participación.

Además, el derecho de arrastre está explícitamente permitido por la normativa societaria (art. 188.3 RRM) por lo que sí podrá trasladarse a los estatutos.

### - Derecho de acompañamiento o *Tag Along*: Facultad de venta de los socios minoritarios.

Esta cláusula se incluye como contrapartida del derecho de arrastre o *Drag Along*, en beneficio de los socios minoritarios. Permite a los socios minoritarios adherirse a la transmisión

proyectada por el socio mayoritario o a la oferta de adquisición recibida de un tercero comprador. Se trata de una cláusula pensada para aquellos supuestos en los que el socio mayoritario tenga intención de vender y el socio minoritario no quiera permanecer en la sociedad con el nuevo titular. Ocurre que, en muchas ocasiones, socios mayoritarios y minoritarios comienzan proyectos empresariales juntos, pero problemas en las relaciones entre ellos pueden truncar la operación. Esta cláusula se establece para que los socios minoritarios puedan desvincularse de la sociedad si el mayoritario decide vender su participación y dejar atrás el proyecto. Por eso, suele establecerse que cuando el socio mayoritario tenga intención de transmitir o reciba una oferta de venta, tendrá la obligación de comunicarlo a los socios minoritarios para que puedan unirse a la oferta de venta en las mismas condiciones que el socio mayoritario. Esto no quiere decir que el tercero comprador esté obligado a comprar además de las participaciones sociales ofrecidas, las de los demás socios que deseen unirse y ejercitar la cláusula de *Tag Along*, sino que ahora no procederán todas del socio mayoritario sino proporcionalmente del anterior y de todos los socios minoritarios que ejerciten este derecho.

### iii. GESTIÓN DEL DÍA A DÍA DE LA SOCIEDAD

#### - Prestación accesoria de dedicación y deber de diligencia.

A modo de prestación accesoria, los socios podrán acordar que el socio trabajador, el socio minoritario, tenga que realizar determinadas tareas para la sociedad cuyo incumplimiento acarree su separación. Es una disposición que incluirá la obligación de estos socios de dedicarse con esfuerzo a la gestión y explotación del proyecto empresarial, al cumplimiento de determinados hitos con la dedicación y diligencia adecuada de un empresario ejemplar, adoptando las medidas que sean necesarias para su buena gestión.

Se trata de una cláusula en cuya negociación se tendrá que contar con el consentimiento de todos los socios trabajadores (arts. 291, 350 y 351 LSC) y podrá trasladarse a los estatutos bajo la forma de prestación accesoria, cumpliendo lo dispuesto en los arts. 86 y ss., 291, 350 y 351 LSC.

#### - Composición del órgano de administración.

Mediante pacto se podrá establecer que cada socio tenga derecho a nombrar un número determinado de miembros del consejo de administración. Por ejemplo, el socio que ostente el 45% del capital tendrá derecho a nombrar a 2 consejeros mientras que los otros dos con el 27,5% tendrán derecho a nombrar uno cada uno. De esta forma el socio mayoritario controlará las decisiones del consejo de administración.

- **Derecho de veto**

Se podrá pactar que determinadas materias reservadas requerirán el voto favorable de los consejeros nombrados por uno de los socios para su aprobación en sede del órgano de administración, de modo que dichos consejeros tendrán un derecho de veto en relación con determinadas decisiones.

- **Pacto irrevocabilidad administrador del socio minoritario**

Se trata de un pacto que tiene por finalidad que el socio minoritario siempre tenga peso en el órgano de administración, a través del administrador nombrado por él, teniendo acceso a información sobre la gestión del día a día de la sociedad.

iv. **ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN LA JUNTA GENERAL: SINDICATOS DE VOTO**

- **Quórum y Mayorías reforzadas: Arts. 198-200 LSC**

Con la finalidad de que, para la adopción de determinados acuerdos considerados fundamentales, se tenga que reunir el máximo consenso posible sin llegar a la inoperatividad o al bloqueo, se puede prever un determinado quorum para la válida constitución de las Juntas Generales o el voto favorable de un alto porcentaje de participación.

En este sentido, la SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2019 (ROJ 14025/2019) permite la inscripción de un acuerdo que exige el voto favorable de las dos terceras partes de las participaciones sociales, aunque en la práctica conlleve la unanimidad pues la sociedad se compone de dos socios con un 55 % y un 45% del capital respectivamente. La sentencia afirma que *“El análisis de la cláusula debe realizarse en abstracto, esto es, desligada de la situación fáctica en la que se encuentre la sociedad y de cómo se reparta el capital social en un momento determinado. La composición social puede variar, dado que se pueden producir cambios en la titularidad de las participaciones. La validez de la cláusula no puede depender de que, en función de cómo se distribuya el capital social, se pueda alcanzar o no la mayoría estatutaria. Aunque podamos llegar a concluir que la situación generada puede ser injusta, en la medida que aboca a la sociedad a la disolución por paralización de los órganos sociales (artículo 363, apartado e/, de la LSC), el remedio no puede ser la nulidad de una cláusula que respeta la norma legal.”*

De igual forma, la DGRN en Resoluciones como las de 19 de enero de 2017 y 12 de febrero de 2018, admite como validas mayorías reforzadas que *de facto* se traducen en unanimidad.

Y la SAP Barcelona de 27 de julio de 2021 (ROJ 6327/2021) permite una mayoría del 90% del capital social afirmando que *“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.”* Sin perjuicio de que las RDGRN de 7 de octubre de 2013 y de 24 de octubre de 2017 inadmite disposiciones estatutarias que se sitúen en *“los aledaños de la unanimidad”*, entendiendo como tal las que fijen mayorías tan elevadas que hagan prácticamente imposible o extremadamente difícil la adopción de acuerdos.

- **Derecho de veto: Voto favorable de un número de socios (art. 200.2 LSC)**

Se trata de una cláusula mediante la que se podrá exigir para la adopción de determinados asuntos, además de las mayorías legal o estatutariamente pactadas, el voto favorable de un número determinado de socios. Por ejemplo, el voto favorable de 3 socios. Este es el mecanismo para el establecimiento de un auténtico derecho de veto en la toma de decisiones. Para su validez, el pacto deberá designar el número de socios que tendrán que prestar su consentimiento. La jurisprudencia rechaza las cláusulas que impongan el “consentimiento de todos los socios” pues ello supone la unanimidad, expresamente. De igual manera que el razonamiento utilizado anteriormente, el hecho de que *de facto* se necesite el consentimiento de todos los socios (cuando se pide el voto favorable de 3 socios, cuando no hay más) no es óbice para la validez de estos acuerdos y su traslado a estatutos pues la estructura del capital puede variar y la cláusula en abstracto es totalmente válida.

Las materias reservadas que necesitarán estas mayorías reforzadas o votos favorables de un determinado número de socios suelen ser: aprobación de las Cuentas Anuales, reparto de dividendos, aumento y reducción de capital, disolución, modificaciones estructurales, modificación del objeto social, revocación de administradores o contratación con los socios.

- **Arbitraje para situaciones de bloqueo o deadblock**

Para evitar situaciones de bloqueo e inoperancia de los órganos de la sociedad, pudiendo llegar a convertirse esta incidencia en una causa legal de disolución (art. 363.1.d LSC), se puede pactar el recurso a árbitros que decidan el empate, mediante la emisión de un laudo que sea directamente ejecutable.

También existen otros mecanismos de desbloqueo que van desde el otorgamiento de un derecho de separación, de opciones de compra o de venta a favor de uno o varios socios y otras soluciones.

v. POLÍTICA DE EMPRESA

- **Prohibición de reparto de dividendos: reinversión en beneficios (Art. 348 bis LSC)**

Como la finalidad de una operación de adquisición de empresa de este tipo es la desinversión a corto plazo obteniendo el máximo beneficio, es sensato pensar en la necesidad de que el resultado positivo de cada año no se reparta entre los socios, sino que se reinvierta en la propia sociedad. Así, cuanto más inversión emplee la sociedad para llevar adelante el proyecto, más beneficio obtendrá. Lo normal es que estas cláusulas se establezcan por el período de tiempo que el inversor va a permanecer en la sociedad, entre 3 y 5 años.

La falta de distribución de dividendos durante largo tiempo da derecho a los socios a exigir el pago de una parte de los mismos y activa un derecho de separación por falta de distribución de dividendos los 5 primeros años. Por tanto, este pacto para poder ser trasladado a estatutos deberá fijar un plazo de 5 años sin reparto, transcurrido el cual el socio tendrá derecho a recibirlos o a separarse de la sociedad.

- **Esquema de financiación (mismo porcentaje de participación, Prohibición de aumento y reducción de capital sin respetar esos porcentajes)**

Constituye una cláusula importante de cara a que los porcentajes de participación en el capital social y, por tanto, en el control de la compañía, permanezcan sin alteraciones, a pesar de los aumentos o reducciones de capital.

Se articula como un derecho de no dilución de los socios minoritarios ya que a través del mismo se les garantizará su porcentaje de participación. Así en los aumentos de capital, todos los socios suscribirán un porcentaje de participación determinado a prorrata de su participación para que en suma se mantenga su porcentaje de participación. Y lo mismo ocurrirá en las reducciones de capital.

- **Otros pactos parasociales: Derecho de información, Pactos de no agresión, Prohibición de disolución *ad nutum* de la sociedad, etc.**

**C. Aplicación al presente caso: Pactos de socios recomendados para ABC y XYZ**

Teniendo en cuenta que la finalidad de ABC es conseguir la máxima rentabilidad y la desinversión en un corto plazo de tiempo y que la intervención de XYZ en la gestión social del día a día es absolutamente crucial por su experiencia en este tipo de activos, sabiendo que los objetivos que se pretenden con la redacción de estas cláusulas son los siguientes:

- Hacer las participaciones intransmisibles por un plazo de 5 años
- Prohibir el reparto de dividendos por plazo de 5 años
- Mantener el porcentaje de participación en el capital de los Socios en la proporción 90/10
- Obligar a XYZ a hacerse cargo de la gestión del día a día, a desempeñar su función con los estándares más altos de calidad con la diligencia debida y otorgándole un derecho de veto en relación con ciertos asuntos.
- Reforzar las mayorías legales para que el Socio minoritario pueda decidir ciertos asuntos relevantes
- Establecer un derecho de veto en la junta y en el consejo a favor del minoritario en relación con determinados asuntos

Recomendamos a los Socios los siguientes pactos:

- CLÁUSULA DE PERMANENCIA O LOCK -UP QUE PROHÍBA LA TRANSMISIÓN DURANTE LOS PRIMEROS 5 AÑOS
- CLÁUSULAS DE DERECHO DE ARRASTRE Y ACOMPAÑAMIENTO
- PRESTACIÓN ACCESORIA DE DEDICACIÓN A LA SOCIEDAD ASUMIDA POR XYZ
- CLÁUSULA DE COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: 2 CONSEJEROS NOMBRADOS POR EL SOCIO MAYORITARIO Y 1 POR EL MINORITARIO.
- CLÁUSULAS DE MAYORÍA REFORZADA DEL 91% Y DERECHO DE VETO
- CLÁUSULA DE DESBLOQUEO
- CLÁUSULA DE NO AGRESIÓN
- CLÁUSULA DE PROHIBICIÓN DE REPARTO DE DIVIDENDOS

#### **4.4 Cobertura de la contingencia fiscal relevante por IVA**

Durante las negociaciones del contrato, el socio transmitente (la sociedad IESA) ha propuesto cubrir una contingencia fiscal relevante por IVA, identificada durante la fase de auditoría legal y fiscal, vía “manifestaciones y garantías”. Los Socios quieren saber si esta es una buena opción para ellos y otras soluciones alternativas.

La cláusula contractual de “manifestaciones y garantías” proviene del inglés “*reps and warranties*”, del derecho americano donde forman parte del proceso de compraventa de empresas, como una garantía que ofrece el comprador ante los vicios ocultos que afloran con posterioridad a la

firma del contrato. Para entender este tipo de cláusulas es preciso conocer la naturaleza y el procedimiento de las operaciones de adquisición de empresas.

El proceso de compra de una empresa es complejo y está formado por muchas fases. Estas fases van encaminadas a reducir la asimetría de información entre las partes y a repartir los riesgos derivados del contrato. Hay que partir del hecho de que el comprador posee mucha menos información que el vendedor sobre la empresa objeto de compraventa -más aun tratándose de una S.L. en la que la mayoría de vicisitudes no son objeto de publicidad-, lo cual es lógico y consecuencia directa de que uno tenga control sobre la misma y otro sea ajeno a ella. Por otra parte, la compra de empresas se caracteriza por su complejidad, derivada de la complejidad de su objeto, formado por una pluralidad de elementos patrimoniales. Por ello, una de las fases más importantes es la fase de *due diligence*, por cuanto va dirigida a recabar información esencial sobre la situación patrimonial, societaria y legal la empresa que se pretende comprar, lo cual es imprescindible de cara a tener un mayor poder de negociación y conseguir las condiciones más beneficiosas. En esta fase, el comprador comienza recabando información por su cuenta de los registros públicos, publicaciones del BORME y en otros medios de difusión (información pública). Después el comprador se dirige al vendedor, mediante documentos que se conocen como *check lists*, solicitando la información privada de la sociedad que le resulta imprescindible de cara a tener un conocimiento lo más aproximado a la situación real de la empresa. La fase continúa con el vendedor proporcionando, en todo o en parte, la información privada solicitada -después de haber firmado un pacto de confidencialidad sobre esos datos suministrados- y finaliza con el comprador analizando dicha información, extrayendo sus conclusiones y redactando un informe en el que se recogen los aspectos más relevantes de la empresa, las contingencias observadas y soluciones a las mismas. Las cláusulas de “manifestaciones y garantías” entran en juego en este instante posterior al proceso de *due diligence*. Se entiende que, puesto que el desequilibrio de información favorece al vendedor, este debe responsabilizarse de la información mendaz o incompleta proporcionada por él al comprador y, estas cláusulas van dirigidas a concretar esta responsabilidad. Suponen una rebaja del deber de diligencia del comprador en el proceso de *due diligence* con respecto a aquellos extremos en los que se establezcan, aunque no lo sustituyen.

Resumidamente, las cláusulas de “*reps and warranties*” garantizan al comprador, que la empresa se adquiere en las condiciones pactadas o, lo que es lo mismo, que la información proporcionada por el vendedor durante el proceso de *due diligence* es cierta. Recordemos que las empresas se adquieren estando activas, en pleno funcionamiento, subrogándose el comprador en muchas relaciones jurídicas preexistentes cuyos extremos no conoce al máximo, adquiriendo una



pluralidad de elementos patrimoniales y, puede suceder que tanto las unas como los otros presenten vicios y surjan deudas, daños materiales, problemas de titularidad y otras contingencias imprevistas. La función de este tipo de cláusulas es concretar la responsabilidad del vendedor frente al comprador ante la aparición de estas contingencias, que no fueron previstas. Es importante observar que, estas cláusulas son útiles en aquellos casos en que la operación de adquisición de empresa es extremadamente compleja, con infinidad de relaciones jurídicas, socios, contratos, pero no lo será tanto cuando la operación no presenta complejidad y el comprador es conocedor de los riesgos, pues suelen suponer un aumento del precio de la operación por el coste del tiempo que ahorran al comprador que no gastará tanto tiempo en la *due diligence*.

Partiendo de lo anterior, en relación a la concreta contingencia relevante por IVA detectada en el proceso de *due diligence*, esta cláusula no sirve, de ninguna manera, para proteger a los Socios de la misma, pues la garantía no incluye las contingencias conocidas por el comprador antes de la firma de la operación, sino las desconocidas. De proceder como propone el comprador, la contingencia por IVA perjudicará a los Socios, que tendrán que responder pues eran conocedores de su existencia. La solución, en este caso, no se haya en los “*reps and warranties*”.

Para esta contingencia concreta, la figura anglosajona que mejor la protege es la de las “*indemnities*”, que no es más que una indemnización de daños y perjuicios reducida a una situación de riesgo concreta y conocida (y no genérica y desconocida como ocurre en las *warranties*): el riesgo de que hacienda inicie una reclamación para regularizar la situación o sancione a la sociedad, sabiendo que las deudas tributarias prescriben a los 4 años y, por tanto, la reclamación puede materializarse o no, prescribiendo finalmente la acción. Por ello, la mejor forma de proteger la contingencia por IVA es mediante una cláusula de “*indemnities*” cuyo funcionamiento dependerá del poder de negociación de los Socios, según que la contingencia por IVA tenga su origen en un claro incumplimiento de la normativa o se derive de diferencias interpretativas entre la empresa y hacienda. Lo normal será que establezca que, en caso de que la contingencia se materialice por una inspección de hacienda, el vendedor tendrá que hacerse cargo del importe total del daño (principal, sanciones y recargos) de forma inmediata tras la firmeza de la resolución correspondiente. Ahora bien, si los Socios consideran que tienen un alto poder de negociación tendrán que intentar retener el importe de los “*indemnities*” y que este sea abonado transcurridos unos plazos sin que se materialice la contingencia, porque así conseguirán aumentar el retorno sobre su inversión, al poder disponer de ese importe.

Otra alternativa para cubrir la contingencia por IVA, con resultados similares a los conseguidos con la anterior, consiste en retener parte del precio o depositarlo ante un tercero. Esta solución es

conocida en la terminología anglosajona como “*escrow agreement*”. En este caso el pacto debería prever el depósito del importe de la contingencia por IVA ante notario y su devolución al vendedor o al comprador en función de si termina o no por materializarse el evento, recalcando, de nuevo, que el importe *de facto* lo cubre el transmitente.

Y, si los Socios quieren saber la utilidad de la cláusula de “manifestaciones y garantías” en relación con otras contingencias que pudieran surgir, hay que puntualizar que para ello habrá que realizar un análisis de los eventuales riesgos. Analizando la situación, IESA solo tiene en el activo de su balance a HP y esta sociedad no presenta una especial complejidad, pues no presenta riesgos por reclamaciones laborales o de seguridad social, ya que carece de trabajadores, y su estructura es sencilla. Los riesgos que sí puede presentar son relativos a la falsedad de la información suministrada sobre su situación financiera y patrimonial, sobre la vigencia de licencias, autorizaciones y permisos administrativos (pues HP controla el 25% de las centrales hidráulicas operativas en España, para lo que se necesitaría licencia) o sobre litigios contra ella desconocidos por los Socios. Para estos riesgos sí que se podría plantear establecer cláusulas de “manifestaciones y garantías”, por un precio que no aumente en gran medida la operación.

#### **4.5 Financiación en la operación de compra de HP (asistencia financiera)**

Los socios nos preguntan a cerca de la posibilidad de utilizar como financiación de la operación de compra de HP, en todo o en parte, las propias participaciones de HP, titularidad de IESA, bien mediante el pago por la misma por cuenta de los Socios, bien mediante un préstamo a estos.

La respuesta es rotundamente negativa, pues se conculca la prohibición de asistencia financiera en la adquisición derivativa de participaciones sociales establecida en los arts. 140 y ss. LSC y, especialmente, en el art. 143.2 LSC que establece que “*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*”

Lo que se pretende en el caso propuesto es utilizar el dinero de la caja de HP para financiar la adquisición de sus propias participaciones por los Socios (ABC y XYZ), ya sea mediante el pago directamente por HP a IESA por cuenta de los Socios, o mediante la concesión de un préstamo para que los Socios paguen a IESA. Pues bien, en ambos casos se incumple la prohibición de asistencia financiera enunciada en el citado artículo 143.2 LSC.

Ahora bien, si los Socios no quieren utilizar sus fondos propios para la adquisición de HP pueden acudir a otras alternativas.

#### **A. Finalidad de la prohibición de asistencia financiera**

La razón subyacente de la prohibición es que con ello se perjudican una serie de intereses que se estima que deben protegerse con especial firmeza. Esto son: los intereses de los acreedores y de los propios socios.

Por un lado, se perjudica el derecho de los acreedores porque con la operación la compañía se sobreendeuda, dado que en la operación se convierte el capital en crédito, poniéndose en riesgo su solvencia. La cifra de capital social es importante por cuanto cumple una función de garantía frente a los acreedores. A pesar de que capital social y patrimonio no son iguales, la cifra del capital social es un indicador de solvencia de la entidad en la que los acreedores pueden fijarse. Dicho esto, en los casos en los que la sociedad presta asistencia financiera a un tercero para la adquisición de sus propias participaciones, esta garantía disminuye y se perjudica el derecho de los acreedores. Pues bien, la prohibición de asistencia financiera quiere evitar estas situaciones, reforzando la función de garantía del capital social frente a los acreedores, consiguiendo seguridad jurídica.

En este sentido las SSTS de 2 de julio de 2012 (RJ 2012\10124) y de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/ 6563) afirman que la prohibición se inspira en *“la idea de que constituye un uso anómalo del patrimonio social aplicarlo a la adquisición de las acciones de la financiadora o de la que sea su sociedad dominante”*; y la doctrina apunta, entre otras, a la *defensa de la integridad del capital social entendido como cifra fijada en los estatutos que opera como cifra de retención en el Balance de un sistema contable estático, a fin de que el mismo se integre por aportaciones externas a la propia sociedad y que no se burle la prohibición de adquirir las propias acciones mediante la financiación de su adquisición por terceros; impedir que se ponga en riesgo la solvencia patrimonial de la sociedad; poner coto a posibles abusos que los gerentes y administradores y evitar que se emplee con una finalidad especulativa”*

Por otro lado, también perjudica a los socios, como consecuencia del trato desigual que pueden ejercer los administradores sobre ellos. El cargo de administrador conlleva una serie de poderes y prerrogativas de gran alcance que si se ejerce de forma abusiva puede llegar a perjudicar los intereses de los socios y de la sociedad. Los administradores, abusando de sus poderes, pueden favorecer la entrada en la sociedad de terceros de su confianza facilitándoles fondos sociales para la adquisición, con la intención de tomar el control de la Junta General en la toma de decisiones. Mediante la

prohibición se trata de evitar que el dinero se destine a financiar la adquisición del propio capital, y destinándose a fines de explotación de la compañía.

En este sentido la SJM de Palma, de 25 de julio de 2020 (JUR 2020\294395) destacan que estas operaciones que suponen asistencia financiera presentan cierto recelo tanto en el ámbito financiero como en el “[...] *ámbito interno de la sociedad, porque se podría permitir que se desestructure la conformación del accionariado, dado que la asistencia financiera puede perseguir el fin espurio de facilitar la toma de control de la sociedad por un tercero o asegurar éste a uno de los socios existentes. Siendo este último el origen de la institución de la prohibición de la asistencia financiera.*”

Visto lo anterior, podríamos pensar que siempre que no se conculquen los intereses de terceros o de los socios - lo que en muchos casos de asistencia financiera no ocurrirá- la asistencia financiera estaría permitida en nuestro derecho. Y no es del todo así porque el legislador español, a diferencia de otros legisladores de derecho comparado, no hizo total uso de la facultad que le otorgaba la 2ª Directiva (2006/68/CE, de 6 de Septiembre de 2006) para flexibilizar el régimen de la prohibición y así permitir compras apalancadas justificadas empresarialmente y planteadas en términos que garanticen suficientemente los múltiples intereses en juego.

A pesar de ello los tribunales interpretan de manera restrictiva la prohibición. Como establece la SJM de Palma, de 25 de julio de 2020: *“Precisamente, esta rigidez de la regulación legal al no contemplar el margen que brindaba la Segunda Directiva ha determinado que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo establezca que la prohibición de la asistencia financiera se interprete de forma restrictiva (STS de 2 de julio de 2012). Específicamente cuando con la operación no se ponga en peligro la solvencia de la sociedad y, por ende, los intereses de los acreedores, y se respete en el ámbito interno el principio de igualdad de trato entre los socios.”*

### **B. Alternativas: ¿cómo solucionar el problema de la prohibición de asistencia financiera?**

Por lo que respecta a las alternativas, según el auto de la AP Madrid de 9/01/2007, relativo a la OPA de ENDESA por GAS NATURAL, la prohibición de asistencia financiera se puede salvar mediante el recurso a las siguientes soluciones: A. Reducción de capital con devolución de aportaciones para que los activos pasen a los socios. B. Reparto de dividendos en especie. C. Disolución y liquidación de las sociedades con entrega de la cuota de liquidación. D. Fusión apalancada

Una alternativa consiste en llevar a cabo un aumento de capital con cargo a reservas con sucesiva reducción de capital para la devolución de aportaciones a los socios. Con el aumento conseguimos que los 499 millones de euros que figuran en la reserva, figuren ahora como capital social. Se trata de un aumento nominal, no efectivo, pues no entran nuevos bienes a la sociedad. Constituye un simple apunte contable. Y con la sucesiva reducción de capital con devolución de aportaciones conseguimos que se distribuyan esos 499 millones de euros a prorrata entre los Socios. El resultado final es que el capital social queda invariable, disminuyendo en el balance las reservas y el dinero en caja, en el mismo importe.

Esta solución es, además, totalmente respetuosa con los intereses de los socios y de los acreedores. Respeto el interés de los socios pues tienen que llevarse a efecto en base a un acuerdo que se adoptará en Junta General con las mayorías exigidas para la modificación de estatutos (arts. 285, 199 y 200 LSC). Además, si la reducción con devolución de aportaciones no afecta por igual a todos los socios, será necesario el consentimiento de los afectados y la devolución será a prorrata de su aportación salvo modificación por unanimidad (art. 329 y 330 LSC). Y protege los intereses de los acreedores pues para el aumento con cargo a reservas se exigirá un balance aprobado por la Junta General que deberá ser aprobado por auditor de cuentas (art. 303 LSC); porque en la ejecución del acuerdo de reducción, el art. 331 LSC establece la responsabilidad solidaria de los socios hasta el importe de lo restituido y porque el art. 333 LSC establece un derecho de oposición de los acreedores a la reducción con un plazo de 3 meses en el que no podrá llevarse a efecto la reducción salvo que la sociedad pague los créditos o preste garantía.

Otra alternativa es la de la fusión apalancada, en virtud del art. 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Para entender esta alternativa es preciso partir de las adquisiciones apalancadas o *Leveraged buy-out* (LBO). Se trata de operaciones en las que, normalmente una sociedad de capital riesgo crea una sociedad vehículo o SPV y por medio de esta y con ayuda de financiación ajena de bancos adquiere la sociedad objetivo o *tarjet* (que sería HP). A efectos prácticos, vemos como el coste de financiación recae sobre la sociedad objetivo HP, que los satisface con sus activos y flujos de efectivo. En este momento se aprecia que existe asistencia financiera, pues HP está proporcionando los fondos para pagar el préstamo con el que se adquirió la participación en HP. Es por ello que, siguiendo el art. 35 LME, esta operación será válida si se efectúa una fusión entre la sociedad vehículo y la sociedad objetivo (HP), integrándose los patrimonios de ambas en la sociedad resultante de la fusión (art. 22 LME) y sorteándose la prohibición de asistencia financiera. La LME establece un plazo máximo de 3 años para que se efectúa la fusión y establece

medidas de protección de los socios y acreedores, similares a las que apuntábamos al analizar el aumento y reducción de capital, además de aumentar la responsabilidad de los administradores.

#### **4.6 Reestructuración de deuda**

Una vez comprada la sociedad HP, los Socios tienen intención de refinanciar la compañía y repagar anticipadamente tanto la deuda con Banco Español S.A. como la deuda con los Socios (derivada del préstamo participativo que otorgó IESA, en el que ahora ocupan la posición de acreedores). Por tanto, vamos a diferenciar las dos fuentes de financiación que tenemos, externa e interna. También es importante aclarar que la refinanciación que se pretende tiene una intención de buscar un menor coste de financiación y no en una situación de desequilibrio patrimonial o insolvencia.

##### **i. Financiación externa: Sindicato bancario alemán**

Por una parte, tenemos el préstamo bancario de 400 millones de euros con Banco Español S.A. Es inadecuado pensar que una solución es la de pagar el préstamo bancario de 400 millones directamente con los flujos de caja, pues ello supone descapitalizar la sociedad, con riesgo de insolvencia para pagar el resto de sus compromisos a corto y largo plazo.

Lo que pretenden los Socios es que la deuda que ahora se tiene frente a Banco Español, se deba ahora al sindicato bancario alemán con el que ABC tiene tanta confianza. Es decir, simplificando la operación se trata de que el sindicato alemán pague la deuda a Banco Español o ponga a disposición de HP tramos de financiación para que finalmente la deuda con Banco Español se extinga y deba solamente al sindicato alemán.

El proceso de financiación sindicada tiene una serie de fases que comienza con una petición al sindicato de bancos y comienza la fase de negociación. En esta fase, es importante que la sociedad que pide el préstamo presente un Plan de negocio atractivo que favorezca la inclusión de bancos dentro del sindicato. Se necesita un plan de negocio que garantice la viabilidad a corto plazo del proyecto empresarial. Si el plan de negocio no es bueno, pocos bancos querrán comprometer su dinero en un proyecto que no tiene futuro. Esta primera fase de negociación, que durará normalmente entre 1 y 4 meses, se podrá iniciar con un banco con el que la sociedad tenga más relación y que después se vayan adhiriendo otros bancos. Los bancos analizarán la sociedad mediante *due diligence*, se firmará un documento o *Term sheet* con las bases mínimas para la negociación del préstamo y finalmente se firmarán contratos de refinanciación. En estos se establecerán nuevos calendarios de amortización, se podrá obligar a la sociedad prestataria a cumplir determinadas obligaciones en relación con la

disminución de gastos, obligaciones de venta de activos y amortizaciones anticipadas de partes del préstamo.

También se debe tener en cuenta que el hecho del cambio de titularidad de HP puede accionar una cláusula de amortización anticipado por cambio de control y que la amortización anticipada puede tener penalizaciones. Habrá que estudiar todos estos extremos para elegir la opción menos costosa. Nuestra recomendación es que si no se habían previsto penalizaciones, se amortice anticipadamente la totalidad de la deuda, para no seguir pagando intereses o que se pacte que sea el sindicato el que pague la deuda a Banco Español y, una vez subrogado en su posición, se lleve a cabo una novación del contrato de préstamo, ampliando los plazos y estableciendo condiciones más ventajosas y paquetes de garantías

## **ii. Financiación interna: Préstamos participativos**

Por otra parte, tenemos el préstamo participativo, que con motivo de la adquisición de las participaciones de IESA, también se ha transmitido la deuda respecto a la sociedad. La amortización anticipada de préstamos participativos se regula en el art. 20.1.b. del RDL 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. El citado artículo establece que *“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.”*

Por tanto la solución de HP para extinguir anticipadamente la deuda con los Socios es mediante la amortización anticipada del préstamo, dotando al mismo tiempo una reserva indisponible por el tiempo restante del préstamo.

## **4.7 Sustitución del contrato de operación y mantenimiento**

Esta última cuestión nos acerca al tema de las operaciones vinculadas y las cautelas que se deben llevar a cabo. Lo primero que debemos plantearnos es si la contratación de un contrato de O&M puede generar una situación de conflicto de interés entre HP y la sociedad del grupo de ABC.

El art. 228 c) LSC obliga al administrador a abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. Por su parte, por virtud de lo dispuesto en

el art. 229.2 LSC, el administrador hará todo lo posible para evitar situaciones de conflicto de interés absteniéndose de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia; o aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad. El art. 230 LSC permite que la Junta General, no obstante, lo anterior, dispense de estas prohibiciones al administrador a personas vinculadas a él.

Por lo tanto, sí que será posible resolver el contrato y sustituirlo por otro prestado por una sociedad vinculada a un socio, siempre que los administradores nombrados por ABC se abstengan de participar en la decisión o cuando la junta general dispense la mencionada prohibición mediante acuerdo.

El riesgo que observamos en relación con la resolución es que los administradores no se abstengan e incurran en responsabilidad pudiendo activarse los mecanismos de exigencia de responsabilidad de administradores junto con las medidas específicas del art. 232 LSC, como las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.



## 5. CONCLUSIONES

- I. Las inversiones extranjeras son libres sin perjuicio de que los estados puedan establecer mecanismos de comunicación o declaración o incluso autorización previa para determinadas inversiones, como las que provienen de estados incluidos en la lista de paraísos fiscales. Por ello ABC, que tiene una estructura compleja y cuya titularidad real se encuentra en un fideicomiso de derecho inglés en Bermuda, deberá cumplir unos requisitos más exigentes en cuanto a identificación y comprobación de su titularidad real y del origen lícito de los fondos.
- II. Los únicos poderes válidos ante notario español serán los otorgados también ante notario español y los otorgados en consulado español en el extranjero o ante notario extranjero junto con la legalización de la aportilla de la Haya.
- III. Los pactos de socios son pactos esenciales que concretan las normas de funcionamiento de las sociedades, flexibilizan el régimen, a veces, rígido contenido en la Ley de Sociedades de Capital, y deberán trasladarse a estatutos para su eficacia ante la sociedad. Podrán trasladarse a estatutos los que establezcan una mayoría reforzada del 91%, los que exijan el voto favorable de “dos socios”, los pactos sobre composición del órgano de administración y los de prohibición de la transmisión de las participaciones y reparto de dividendos por plazo de 5 años.
- IV. Las coberturas relevantes por IVA se cubren mediante la figura de las indemnities, que son unas cláusulas que concretan el contenido de la indemnización para cada caso concreto y son más eficaces que los remedios contenidos en nuestro derecho civil sobre vicios ocultos.
- V. La solución para poder utilizar los activos de HP por los Socios para financiar la operación de compra y evitar incurrir en la prohibición de asistencia financiera, pasa por soluciones como la fusión apalancada del art. 35 LME o el recurso a la ampliación con cargo a reservas y disminución con devolución de aportaciones a los socios.
- VI. Para poder trasladar el domicilio social en el mismo acto que la compra de HP, se tendrá que celebrar una junta universal que cese al administrador único y nombre unos nuevos. Acto seguido los administradores podrán trasladar el domicilio dentro del territorio nacional y revocar los poderes generales existentes.