



**TRABAJO DE FINAL DEL MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**  
**ESPECIALIDAD MERCANTIL**

Alumna: Marta Artal Escolano

Tutor: Enrique Arnaldos Orts

Curso 2022-2023

# ÍNDICE

<b>GLOSARIO.....</b>	<b>4</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. ANTECEDENTES DE HECHO.....</b>	<b>6</b>
<b>3. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES Y PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES.....</b>	<b>8</b>
3.1. Transmisión de participaciones y sus requisitos.....	8
3.2. Prevención de blanqueo de capitales.....	9
<b>4. PODERES ESPECIALES Y SUS REQUISITOS.....</b>	<b>12</b>
<b>5. ADQUISICIÓN DE HIDRO POWER.....</b>	<b>13</b>
<b>6. PACTO DE SOCIOS.....</b>	<b>16</b>
6.1. Posibles cláusulas a establecer en el pacto de socios.....	17
6.2. Recomendaciones para ABC.....	18
6.3. Recomendaciones para XYZ.....	19
<b>7. ACUERDOS DEL PACTO DE SOCIOS.....</b>	<b>21</b>
<b>8. CLÁUSULA DE “MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS”.....</b>	<b>24</b>
8.1. “Manifestaciones y Garantías”.....	24
8.2. Posibles alternativas.....	24
<b>9. ASISTENCIA FINANCIERA Y POSIBLES ALTERNATIVAS.....</b>	<b>27</b>
9.1. Asistencia financiera.....	27
9.2. Posible alternativa.....	28
<b>10. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL Y REVOCACIÓN DE LOS PODERES GENERALES.....</b>	<b>31</b>
10.1. Traslado del domicilio social.....	31
10.2. Revocación de poderes generales.....	33
<b>11. REFINANCIACIÓN.....</b>	<b>34</b>
<b>12. CONTRATO DE O&amp;M.....</b>	<b>37</b>

12.1.	El contrato de O&M y su resolución.....	37
12.2.	Posibles riesgos.....	38
<b>13.</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>40</b>

## GLOSARIO

<b>Acrónimo</b>	<b>Concepto</b>
ABC	ABC Capital EU, S.A.R.L.
Art./Arts.	Artículo/Artículos
BE	Banco Español, S.A.
CC	Código Civil.
DD	<i>Due Diligence.</i>
Deuda Bancos	Financiación bancaria por un importe de 400 millones de euros.
Deuda Socios	Préstamos participativos a favor de HP por importe de 100 millones de euros.
Global	ABC Global, Ltd.
HP	Hidro Power, S.L.
IESA	Inversiones Españolas, S.A.
Los Socios	ABC y XYZ conjuntamente.
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.
LBO (por sus siglas en inglés) o compra apalancada	<i>Leveraged Buy-Out.</i>
LPBC	Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
NDA	<i>Non Disclosure Agreement.</i>
NewCo	Sociedad Vehículo.
O&M	Contrato de operación y mantenimiento.
OP	Operación de Proyectos, S.L.
RDL 7/1996	Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.
R&W (por sus siglas en inglés)	Manifestaciones y garantías.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil.
Trust	ABC Trust
UE	Unión Europea.
XYZ	XYZ, S.L.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a las consultas formuladas por las sociedades ABC Capital EU, S.A.R.L. y XYZ, S.L. (en adelante “ABC” y “XYZ”, respectivamente) sobre distintas cuestiones suscitadas en relación con la compraventa de Hidro Power, S.L. (en adelante, “HP”).

Para ello, se ha estructurado el siguiente informe en distintos apartados en los que se recogen tanto los antecedentes de hecho expresados por el Cliente (ABC y XYZ), como las respuestas a las distintas preguntas planteadas por ambas compañías.

## **2. ANTECEDENTES DE HECHO**

Antes de empezar a contestar a las cuestiones planteadas se van a exponer los antecedentes de hecho sobre los que versan las preguntas de ambas compañías.

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

2. ABC ha llegado a un acuerdo con la empresa española XYZ (en adelante, los “Socios” el conjunto de ambas compañías) para adquirir, conjuntamente, el 100% del capital social de HP, sociedad de responsabilidad limitada, cuyo domicilio social se encuentra en Málaga. Se trata de una entidad de capital privado titular de un 25% de las centrales hidráulicas que se encuentran operativas en España.

3. El capital social de HP asciende a 1 millón de euros dividido en 1 millón de participaciones sociales, siendo todas ellas titularidad de Inversiones Españolas, S.A. (en adelante, “IESA”). HP se encuentra gestionada por un administrador único y no tiene trabajadores.

4. Los principales contratos suscritos por HP son una financiación bancaria con Banco Español, S.A. (en adelante, “BE”) por un importe de 400 millones de euros (en adelante, Deuda Bancos”) y un contrato de operación y mantenimiento (en adelante, el “O&M”) con la empresa Operación de Proyectos, S.L. (en adelante, “OP”), quien presta servicios a HP en exclusiva. El clausulado de los contratos suscritos por HP es estándar e incluye cláusulas habituales en este tipo de acuerdos, como, por ejemplo, cláusulas de cambio de control, diversas garantías prestadas por los socios, entre otras.

5. De igual modo, IESA ha concedido préstamos participativos a favor de HP por importe de 100 millones de euros (en adelante, “Deuda Socios”), cuya fecha de vencimiento es el 1 de enero de 2030.

6. El balance simplificado (en millones de euros) de HP a 31 de junio de 2022 es el que sigue:

<b>ACTIVO</b>		<b>PASIVO Y PATRIMONIO NETO</b>	
Caja	500	Capital	1
Maquinaria	500	Reservas	499
		Deuda Socios	100
		Deuda Bancos	400
<b>TOTAL ACTIVO</b>	<b>1.000</b>	<b>TOTAL PASIVO Y PN</b>	<b>1.000</b>

7. La transacción que los Socios quieren llevar a cabo supone la adquisición por parte de ABC del 90% del capital social de HP y la adquisición de XYZ del 10% restante, para lo que ambas entidades utilizarían, en principio, recursos propios. De igual manera, ambas compañías adquirirían, siguiendo la misma proporción, la Deuda Socios, actualmente titularidad de IESA.

8. La intención de ABC y XYZ es que, después de la adquisición, HP pase a estar administrada por un Consejo de Administración formado por 3 consejeros (2 nombrados por ABC y 1 por XYZ).

9. 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, como son la aprobación de las CCAA o los contratos con los Socios, quiere disponer de un derecho de veto. Como contrapartida a esto, uno de los motivos principales por los que ABC ha accedido a participar en la transacción es la gran experiencia de 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. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES Y PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITAL**

#### **3.1. Transmisión de participaciones y sus requisitos**

ABC sí que podría adquirir una sociedad española, como lo es HP, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para el régimen de adquisición de participaciones sociales por un tercero ajeno a la sociedad limitada en cuestión.

En este caso, será necesario acudir al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”).

En primer lugar, puesto que ABC quiere adquirir directamente, junto con XYZ, el 100% de la titularidad de las participaciones de HP, estaríamos ante una transmisión de participaciones por actos *inter vivos*. Esta transmisión es posible que se encuentre regulada en los estatutos sociales de la sociedad que va a ser adquirida, por lo que antes de acudir a la LSC, habrá que consultarlos y ver cuál es el régimen que rige para este tipo de transmisiones. En el caso de que éstos remitan a la LSC o que este tipo de transacción no se encuentre regulada en los estatutos sociales, habrá que acudir al artículo 107 de la LSC que prevé el régimen de transmisión de participaciones por actos *inter vivos*.

Esta operación entre IESA y los Socios se lleva a cabo a través de una compraventa de participaciones que no se encuentra, como tal, regulada en el ordenamiento jurídico español, por lo que dicho contrato se registrará por la voluntad de las partes y lo que éstas decidan pactar, tal y como establece el artículo 1.255 del Código Civil (en adelante, “CC”), el cual regula la autonomía de la voluntad.

En el caso de que los Socios fueran entidades vinculadas de HP, la transmisión sería libre y no haría falta ninguna formalidad a la hora de llevar a cabo este negocio jurídico. Sin embargo, al tratarse de terceros independientes que no tienen ningún tipo de relación con la entidad adquirida, será necesario el cumplimiento de determinados requisitos establecidos en la LSC y que se exponen a continuación.

Para que los Socios puedan adquirir la titularidad de las participaciones sociales será necesario seguir los pasos y cumplir los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 107 de la LSC.



Para ello, el artículo mencionado establece que, en primer lugar, IESA, socio único de HP, será quien deba comunicárselo por escrito al administrador de la entidad que pretende ser adquirida por los Socios, haciendo constar el número y las características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad de los adquirentes, el precio por el que se pretenden vender y demás condiciones acordadas en el contrato regulador de la transacción.

Tras la comunicación al administrador sobre la intención de vender las participaciones, será necesario que la sociedad consienta la transmisión, para lo cual habrá que convocar una Junta General en la que se acordará dicho acuerdo por la mayoría ordinaria establecida en la ley. Además, deberá de elevarse a público en el plazo de un mes a contar desde el momento en el que se comunique por la sociedad la identidad del adquirente, así como reflejarse en el libro de registro de socios quién es el nuevo titular de las participaciones de HP.

Por último, es necesario añadir que, debido a que las participaciones de HP son adquiridas por dos entidades diferentes, ésta pierde la unipersonalidad que le caracterizaba. Por lo tanto, en virtud del artículo 203 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, “RRM”) deberá inscribir este cambio de circunstancias en el Registro Mercantil.

### **3.2. Prevención de blanqueo de capitales**

En lo referente a la cuestión sobre prevención de blanqueo de capitales, todas las obligaciones se encuentran reguladas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante, “LPBC”).

En el caso que nos ocupa, la transmisión de las participaciones habrá que elevarla a público (art. 107.2.c LSC) y, por tanto, deberá ser firmada por notario. Esto implica que las entidades que forman parte de la transacción deberán cumplir determinados requisitos relativos a la LPBC ya que el notario es un sujeto obligado en virtud del artículo 2.1.n de la citada ley, por lo que ha de cumplir con determinadas obligaciones.

En el caso que nos ocupa, las distintas partes de la operación de compraventa deberán cumplir una serie de formalidades para que dicha transacción pueda ser elevada a público y, por tanto, pueda darse de manera efectiva en la esfera económica y jurídica de las partes. Estas formalidades son:

- Identificación de las partes de la transacción.

En primer lugar, el notario tiene obligación, en virtud del artículo 3 de la LPBC, de identificar a las personas jurídicas que vayan a intervenir en la operación que pretende elevarse a público, es decir, la compraventa de participaciones. En este caso, ABC, XYZ y HP deberán identificarse ante notario mediante documentos fehacientes que acrediten su existencia.

En segundo lugar, el sujeto obligado deberá, en virtud del artículo 4 de la LPBC, identificar a los titulares reales de cada una de las entidades que intervienen en el negocio. Se entenderá por titular real a la persona física que se encuentre detrás de cada una de las entidades que deban ser identificadas.

En el caso de XYZ, si asumimos que existen una o varias personas físicas que ejerzan el control, directo o indirecto, de la entidad, éstos serán considerados los titulares reales de XYZ y, en consecuencia, deberán identificarse ante notario (art. 4.2.b LPBC). Si dicha persona física no existe, se considerará que es el administrador el que ejerce el control sobre la entidad y, por tanto, será quién deba identificarse como titular real (art. 4 bis.2.b LPBC).

En el caso de HP, puesto que quien ejerce el control es IESA ya que tiene la titularidad del 100% de las participaciones, será su administrador quien será reconocido como el titular real de la entidad y quién deberá identificarse ante notario como tal (art. 4 bis.2.b LPBC).

Por último, en cuanto a ABC, se trata de una entidad luxemburguesa, cuya titularidad es 100% de Global, entidad que radica en las Islas Vírgenes Británicas, que es, a su vez, propiedad al 100% de Trust, un fideicomiso de derecho anglosajón cuyo domicilio se encuentra en Bermudas.

En este caso, puesto que no hay una persona física que controle ABC, sino que se trata de una persona jurídica, habrá que comprobar quien es el administrador. Se asume que dicho administrador es Global, otra persona jurídica que está controlada por un fideicomiso, por lo que se le aplicará el artículo 4.2.c de la LPBC y serán considerados como titulares reales i) el fideicomitente; ii) el fiduciario; iii) el protector, en caso de haberlo; iv) los beneficiarios; y v) cualquier persona física que ejerza el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de cualquier otro medio.

Además, puesto que las entidades que controlan a ABC, de manera tanto directa como indirecta, se encuentran en paraísos fiscales conforme al Anexo IV sobre jurisdicciones no cooperativas del manual de Tributación de No Residentes, por lo que tienen un alto riesgo en materia de blanqueo de capitales. El notario deberá aplicar, además de las medidas de diligencia debida comunes a las tres entidades (art. 7 de la LPBC), aquellas medidas reforzadas que exige la LPBC en virtud de su artículo 11.

- Proveer al notario con la información relativa a la compraventa.

En cuanto a la segunda formalidad que deberán cumplir ABC, XYZ y HP, su regulación se encuentra en los artículos 5, 6 y 7 de la LPBC.

Estas entidades deberán proporcionar al notario el propósito y la índole de la relación de negocio que quieren llevar a cabo, así como de su desarrollo. Y, para ello, deberán proporcionar aquella documentación y aquellas evidencias que prueben que dicho negocio no intenta defraudar ni tiene el objetivo de poder llevar a cabo transacciones ilícitas y que permitan defraudar a las autoridades españolas.

#### **4. PODERES ESPECIALES Y SUS REQUISITOS**

Para poder comparecer ante notario y poder llevar a cabo la compraventa, ambos Socios han otorgado un poder especial en sus respectivos domicilios.

Para que estos poderes tengan validez, uno de los requisitos establecidos en el apartado 5º del artículo 1280 del CC es que deberán constar en documento público. Estos poderes incluirán los siguientes apartados:

- El lugar y la fecha en los que se redacta;
- La identificación de aquellas personas que otorgan el poder;
- La identificación de aquella persona que recibe el poder y que va a poder actuar en nombre de la primera; y
- Que el poder concedido es de tipo especial.

Además, para la transacción que quieren llevar a cabo ABC y XYZ, puesto que la primera de las entidades no tiene su domicilio en España, sino que se encuentra en Luxemburgo, ésta necesitará realizar un segundo trámite que sirve para que los documentos de carácter legal que hayan sido emitidos en un tercer país, puedan ser reconocidos de manera automática por las autoridades, en este caso, españolas. Este trámite de reconocimiento de documentos legales extranjeros por parte de las autoridades de otro país se denomina Apostilla de La Haya.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, ABC deberá, además de redactar el poder notarial especial con el contenido más arriba especificado, solicitar la Apostilla de La Haya en el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación para que su poder notarial especial tenga validez en el territorio español.

En el caso de XYZ, puesto que se trata de una entidad española simplemente deberá elevar a público el poder notarial especial.

## 5. ADQUISICIÓN DE HIDRO POWER

La compraventa de empresas no se encuentra como tal regulada en el ordenamiento jurídico español, por lo que ésta se basa, principalmente, en los acuerdos que las partes hayan pactado en función de su autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y siempre y cuando dichos acuerdos no vayan en contra del orden público ni tengan como objetivo la realización de actos ilícitos.

Con carácter previo a una compraventa se llevan a cabo una serie de acciones para la determinación del precio, así como de la regulación o términos en los que se va a configurar ésta.

En primer lugar, hay una fase preparatoria en la cual se firma el *Non Disclosure Agreement* (en adelante, “NDA”) que se trata de un documento que recoge un acuerdo de confidencialidad entre las partes de la transacción mediante el que se regulan las diferentes obligaciones de confidencialidad que tiene como objetivo:

- La protección de toda aquella información que IESA proporcione a los Socios sobre HP durante el tiempo que pacten las partes con anterioridad a la compraventa.
- Que los Socios puedan tener acceso a la información de HP para poder conocer la empresa y ver si la compraventa les interesa.
- Generar un derecho de indemnización en el caso de que el acuerdo de confidencialidad se rompa y la información proporcionada se difunda.

Durante esta fase preparatoria, además del NDA también se firma la Carta de Intenciones u Oferta No Vinculante, que es un documento que se da al principio de toda la operación de compraventa en el que se plasman los elementos más esenciales, en este caso, de la transmisión de las participaciones de HP.

Una vez firmados estos documentos, IESA ya podría entregar la documentación sobre HP a los Socios para que estos puedan llevar a cabo una *Due Diligence* (en adelante, “DD”). Esta segunda fase consiste en un proceso mediante el cual la parte compradora (los Socios) llevan a cabo una investigación o comprobación sobre las diferentes áreas de la sociedad (HP) para ver si la inversión para la adquisición de las participaciones es rentable o no.

Las áreas más habituales en un proceso de DD son:

- El área relativa a los contratos que mantenga la empresa con sus proveedores y/o clientes, contratos de financiación o de garantías que se encuentren activos, etc.
- El área relativa a las concesiones, autorizaciones y licencias administrativas.
- El área relativa a los litigios y procedimientos en los que pudiera estar incurso la sociedad.
- El área relativa a todos los aspectos medioambientales de la sociedad.
- El área financiero contable.

Y otras tantas áreas en función del tipo de empresa que se esté analizando. En el caso de la comprobación de HP habrá que investigar, como mínimo, todas aquellas áreas que tengan un papel importante en la sociedad.

Además, habrá que prestar atención a todas aquellas cuestiones que puedan surgir a raíz de la DD y que no pueden verse fácilmente, como pueden ser las cesiones de datos no consentidas puntuales, acciones que puedan llegar a constituir vulneraciones respecto de la normativa sobre competencia desleal, etc. Es decir, todas aquellas cuestiones que no es posible ver si no se realizan comprobaciones exhaustivas sobre las actividades que lleva a cabo la empresa.

Una vez cumplidas estas dos fases y habiéndose descubierto aquellas contingencias que pueden darse en la empresa, es posible pasar a la fase de negociación.

En esta fase, teniendo en cuenta todo aquello que haya derivado de la DD, las partes negociarán las condiciones en las que se va a basar la compraventa. Es decir, es el momento en el que las partes deben llegar a un acuerdo para llevar a cabo la transacción.

Tras las negociaciones del contrato de compraventa y la llegada a un acuerdo, se lleva a cabo la firma del contrato y habrá posibilidad de establecer unas condiciones suspensivas que son requisitos que deberán darse para que pueda darse como efectiva la compraventa de las participaciones. Una vez que se hayan dado estas condiciones, se llegará a la fase de cierre o *closing* que implica la toma de control efectiva, la firma de los nuevos acuerdos societarios (p.ej. ampliaciones y disminuciones de capital), etc.

Tras el cierre de la transacción hay una serie de actuaciones que son las obligaciones posteriores al cierre que engloban todas las contingencias, garantías, *earn-outs* y precios aplazados que se hayan acordados entre las partes debido a los descubrimientos que hayan podido darse durante la DD.

Una vez se ha realizado todo este proceso y los Socios han tomado el control efectivo de HP, entonces estarán en condiciones de poder realizar todas las modificaciones estatutarias y firmar todos los acuerdos que estimen convenientes para la gestión de la sociedad adquirida, HP.

## 6. PACTO DE SOCIOS

Un pacto parasocial o pacto de socios consiste, según la jurisprudencia, en

*«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, y 138/2009, de 6 de marzo). Se trata de un contrato asociativo (sentencia 296/2016, de 5 de mayo) 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.»<sup>1</sup>*

La existencia de este tipo de pactos se debe a la rigidez de la normativa en materia de sociedades, en especial, a la regulación existente referente a los Estatutos Sociales, ya que no es posible pactar todo lo que querrían los socios ni tampoco conforme a la autonomía de la voluntad, sino que hay ciertas normas que hay que cumplir.

Es un acuerdo que permite una mayor autonomía y flexibilidad por parte de los socios a la hora de regular sus relaciones. Se trata de un pacto cuya regulación está adaptada a la satisfacción de los intereses de los socios y, por tanto, se rige por la autonomía de la voluntad de las partes firmantes, tal y como establece el artículo 28 de la LSC. Además, se trata de un acuerdo que, puesto que no está sujeto a la publicidad registral, goza de confidencialidad ya que su contenido, en principio, solo es conocido por los firmantes del acuerdo.

Sin embargo, el pacto de socios en sí también tiene sus desventajas como es la inoponibilidad frente a terceros o frente a la sociedad en caso de que no se hubiese adherido a éste (STS 1386/2022, de 7 de abril de 2022), puesto que no se puede obligar a ninguna persona, física o jurídica, a cumplir las estipulaciones de un contrato que no ha firmado (art. 1257 del CC).

---

<sup>1</sup> STS 1386/2022, de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386).



Por tanto, valorando las diferentes ventajas y desventajas, cabría la posibilidad de valorar la firma de un pacto de socios en relación con aquellas materias que no quieran acordarse en el seno de los Estatutos Sociales.

A continuación, se muestran las cláusulas que podrían establecerse en el contrato, sin perjuicio de que puedan establecerse tantas otras que el cliente deseara, así como las recomendaciones en cuanto a sistemas de protección de ABC y XYZ.

### **6.1. Posibles cláusulas a establecer en el pacto de socios**

En materia de las cláusulas que es posible establecer en un pacto de socios no hay prácticamente limitaciones, con la excepción de que respeten el ordenamiento jurídico y no supongan un perjuicio para terceros ajenos al pacto, así como los límites establecidos para, en el caso que nos ocupa, las sociedades de responsabilidad limitada. Pero, todas las cláusulas podrán ser pactadas a voluntad de los socios conforme al principio del artículo 28 de la LSC.

Se podrían acordar diferentes tipos de pactos<sup>2</sup> como son:

- Los pactos de relación

Este tipo de pactos son aquellos neutrales en cuanto a la sociedad y que priman la regulación de las relaciones entre los socios. Por tanto, algunas de las posibles cláusulas que podrían pactarse en este acuerdo serían, por ejemplo, los derechos de adquisición preferente<sup>3</sup>, cláusulas de cobertura de pérdidas, derechos de venta conjunta, cláusulas de valoración, etc.

Es decir, son todas aquellas cláusulas que no tienen ningún tipo de incidencia jurídica sobre la esfera social.

---

<sup>2</sup> PAZ-ARES, C. *El enforcement de los pactos parasociales*. Actualidad Jurídica de Uría & Menéndez. URL: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>

<sup>3</sup> Es el derecho que se le otorga a los socios a poder adquirir las participaciones de otro de los socios antes de que éste se las venda a un tercero. Así, si en algún momento alguno de los Socios quiere desinvertir, el otro tendrá la posibilidad de comprarle las participaciones de las que es titular antes que un tercero.

- Los pactos de atribución

Son aquellas cláusulas que pretenden atribuir alguna ventaja a la sociedad. Dicho de otra manera, supone la asunción de obligaciones por parte de los socios en beneficio de la sociedad.

Dentro de este tipo encontramos aquellas cláusulas que implican una financiación adicional a la sociedad cuando lo pueda necesitar, abstención de competir con la sociedad, ofrecerle la adquisición de sus participaciones cuando el socio pretenda venderlas, etc.

Se trata de cláusulas que sí que tienen determinada incidencia jurídica ventajosa en la esfera social.

- Los pactos de organización

Son aquellos que agrupan aquellas cláusulas, probablemente, más relevantes para la sociedad, ya que actúan en materia de organización, funcionamiento y toma de decisiones de la sociedad.

En el caso que nos ocupa, respecto a la composición del órgano de administración, ABC y XYZ quieren que este órgano esté compuesto por tres administradores, dos de los cuales serán elegidos por ABC y el otro por XYZ, de modo que ambos Socios tienen una representación, más o menos proporcional, a su participación en el capital social de HP.

De hecho, es muy común regular el número de consejeros que integrarán el consejo de administración, además del número que podrá nombrar cada socio. Esta facultad no tiene por qué ser distribuida en función del porcentaje de capital social de cada uno de los socios, sino que podrá ser pactado por éstos como bien estimen conveniente (art. 28 de la LSC).

A parte de aquellas cláusulas referentes al órgano de administración, también hay otras como las políticas a desarrollar por la compañía, las restricciones de los administradores, o sobre la contratación de o por entidades vinculadas de los socios y familiares, entre otras.

## **6.2. Recomendaciones para ABC**

ABC es el socio mayoritario puesto que posee el 90% de HP, frente al 10% que posee XYZ. Esto implica que tiene ciertas ventajas, respecto de XYZ, a la hora de tomar

decisiones, por lo que XYZ necesitará una mayor protección en cuanto a determinadas materias.

De todas maneras, hay dos cláusulas que ABC podría establecer y que podrían satisfacer sus intereses desde el punto de vista de la gestión de la actividad de HP y desde el punto de vista de querer realizar la transmisión de sus participaciones en algún momento concreto.

En cuanto a lo primero, tal y como se establece en los antecedentes de hecho, ABC se asocia con XYZ para la compraventa de HP puesto que su socio tiene experiencia en la gestión del tipo de activos al que pertenece HP, por lo que se podría establecer una prestación accesoria que hiciera referencia a las gestiones diarias de la adquirida estableciendo que fuera XYZ quien llevase a cabo todas las actividades que se correspondiesen con dicha gestión.

En relación con la segunda cuestión, se podría establecer una cláusula de *Drag Along* o cláusula de arrastre mediante la cual podría obligar a XYZ a unirse al acuerdo de transmisión de participaciones a un tercero que quisiera comprar más del 90% de éstas. De este modo se puede evitar que XYZ, como socio minorista, pueda ejercer presión para que no se realice dicha transacción perjudicando a ABC.

### **6.3. Recomendaciones para XYZ**

XYZ es el socio minoritario de HP ya que solamente le corresponde un 10% de los derechos de voto en proporción a la compra efectuada por parte de los Socios. Es por ello por lo que, lógicamente, XYZ quiere cubrirse de los posibles abusos de poder que pudiera llevar a cabo ABC al poseer el 90% de las participaciones de la sociedad.

A estos efectos, XYZ podría negociar con ABC el establecimiento de diferentes cláusulas que le permitan no estar en una posición tal de inferioridad respecto a esta última como lo está en el momento de firma de la compraventa.

Una de las posibles cláusulas que cabría firmar para poder cubrirse en caso de que un interesado ajeno a HP oferte a ABC un precio por sus participaciones, sería un *Tag Along* de manera que XYZ pueda acogerse al precio pactado por ABC y vender también sus propias participaciones.

Otra posible cláusula que establecer en beneficio de XYZ consistiría en que, en la toma de decisiones sobre materias de especial relevancia, hubiera que adoptarlas con una mayoría superior al 90%<sup>4</sup>, puesto que, si no ABC podría tomar la mayoría, o incluso el 100% de las decisiones de HP.

Esta posible mayoría superior al 90% podría ser vista como una imposición de unanimidad, sin embargo, puesto que uno de los Socios tiene el 90% de las participaciones y, en consecuencia, de los derechos de voto, es lógico pensar en que XYZ querría para determinadas cuestiones una mayoría superior a dicho porcentaje.

---

<sup>4</sup> No habría posibilidad de establecer la unanimidad ya que no sería lícito tal y como establece nuestro ordenamiento jurídico y se reitera en la jurisprudencia (AP Barcelona, de 27 de julio de 2021).

## 7. ACUERDOS DEL PACTO DE SOCIOS

En primer lugar, se abordará la cuestión de si los acuerdos alcanzados en el pacto de socios pueden y es recomendable que se trasladen a los Estatutos Sociales de manera acumulada a los acuerdos que se hayan establecido para éstos.

Los Estatutos Sociales son un acuerdo a través del cual se recopilan todos los derechos, y obligaciones de los socios, así como las normas que recopilan el funcionamiento de la sociedad.

Se trata pues de un acuerdo regulado en la LSC y que ha de cumplir una serie de requisitos para poder ser constitutivo de la sociedad y poder inscribirse en el Registro Mercantil, en este caso, de Madrid.

<sup>5</sup>En este documento se recogen una serie de menciones obligatorias<sup>6</sup>, otras sustitutorias<sup>7</sup>, otras complementarias<sup>8</sup> y, por último, otros pactos que hayan podido darse entre los socios y otras condiciones<sup>9</sup>.

En principio, un pacto de socios no puede ser incluido en los estatutos sociales, así lo establece la resolución de la DGSJFP de 24 de marzo de 2010: *«si lo que estipulan los socios es un mero pacto convencional entre ellos, configurándose como uno de los llamados pactos parasociales, no imputable a la Junta General ni, por tanto, a la sociedad, tampoco podrían acceder al Registro Mercantil, por su propia naturaleza extrasocietaria o extracorporativa»*. Por tanto, de primeras no se podría incluir como tal el pacto de socios en los estatutos.

Sin embargo, sí que cabe la posibilidad de añadir determinadas cláusulas del pacto de socios a los Estatutos Sociales para que fueran oponibles tanto a terceros como a la sociedad.

Una de las cláusulas que cabría establecer en los Estatutos Sociales para los socios que quieran invertir y convertirse en accionistas y para la sociedad sería el establecimiento de una prestación accesoria que supusiera la firma del pacto parasocial, de manera que

---

<sup>5</sup> Esta clasificación se encuentra en el Memento de Sociedades Mercantiles de Lefebvre.

<sup>6</sup> Artículo 23 de la LSC.

<sup>7</sup> Aquellas menciones para la aplicación de un régimen distinto al que se aplica por defecto si los Estatutos no dicen nada al respecto.

<sup>8</sup> Aquellos acuerdos que los socios vean conveniente establecer en función de la autonomía de la voluntad.

<sup>9</sup> Artículo 28 de la LSC.

quedaran sujetos a éste y que no pudieran alegar que no firmado el pacto parasocial por lo que no les sería aplicable.

De todos modos, puesto que los Estatutos Sociales han de elevarse a público y tienen publicidad registral, es decir, los puede conocer cualquier persona, si se diera publicidad registral al pacto de socios, éste perdería la confidencialidad que le caracteriza, así como la libertad y flexibilidad en su forma y materia puesto que, para otorgar un documento en el Registro Mercantil hace falta que se cumplan ciertos requisitos tal y como lo hacen los Estatutos Sociales.

Por tanto, se podría decir que no sería recomendable incluir todas las cláusulas del pacto parasocial en los Estatutos Sociales ya que muchas de ellas no tienen cabida en el Registro Mercantil y, por tanto, no se podrían inscribir tampoco los Estatutos, un requisito *sine qua non* para que la sociedad quede constituida.

En nuestro caso, la sociedad ya se encuentra constituida y, por tanto, ya tiene unos Estatutos Sociales creados y publicados. Sin embargo, hay determinadas cláusulas que no son inscribibles en los Estatutos debido a las prohibiciones establecidas en el artículo 108 de la LSC. Por tanto, no cabe establecer en los Estatutos Sociales cláusulas que:

- Hagan libre la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos*.
- Hagan que el socio que quiere transmitir sus participaciones esté obligado a transferir un número diferente al que él quiere.
- Las que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos* sin reconocer la posibilidad del derecho de separación. No obstante, sí que podrá darse esta casuística por un periodo máximo de cinco años desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución.

Y, en segundo lugar, se abordará la cuestión de cómo se debería estructurar el derecho que cada socio tiene a nombrar determinados administradores para que pueda acceder al Registro.

Como se ha manifestado anteriormente, las cláusulas que incluir en los Estatutos Sociales vienen tasadas en la LSC y fuera de los límites establecidos por ésta no es posible

establecer otros acuerdos puesto que, para poder inscribirlos en el Registro Mercantil, han de cumplir determinados requisitos con los que la ley es conforme.

Si acudimos al apartado e) del artículo 23 de la LSC vemos que una de las cuestiones obligatorias que tienen que aparecer en los Estatutos es *«el modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren»*.

En el caso de HP habría que establecer que la administración de la sociedad se organizaría en un Consejo de Administración, siendo tres administradores y el plazo y la retribución que se hubiese acordado. Sin embargo, este artículo nada dice en lo referente a la manera de elegir a los administradores.

Si acudimos a los artículos 160.b y 214.1 de la LSC se ve cómo la competencia de nombramiento de los administradores es de la Junta General, es decir, de ABC y XYZ. Por lo que tendrán potestad para nombrarlos, pero en cuanto a la organización y funcionamiento del consejo de administración habrá que estar a lo establecido por el apartado primero del artículo 245 de esta misma ley: *«En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría»*. De este modo, la ley misma es la que establece qué deberá configurarse en los Estatutos Sociales de la entidad.

Es por ello por lo que para que sea posible inscribir el nombramiento de los administradores de la manera en que los Socios quieren, se haga a través de una cláusula clara, precisa y que describa plenamente el procedimiento que quieren seguir.

## 8. CLÁUSULA DE “MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS”

### 8.1. “Manifestaciones y Garantías”

La cláusula de “manifestaciones y garantías” (en adelante, “R&W” por sus siglas en inglés) consiste en un conjunto de declaraciones que aluden a situaciones pasadas, presentes o futuras, para las que el comprador, en este caso ABC y XYZ, quiere cubrirse por si pudieran llegar a darse en el curso de la transacción o pasado un tiempo. De esta manera, lo que se pretende es establecer un régimen indemnizatorio por si las situaciones descritas se produjeran ya que no son acontecimientos que no han sido contemplados por el comprador (los Socios) y el vendedor (IESA) a la hora de acordar el precio de la transacción.

En el caso que nos ocupa, se ha descubierto una contingencia fiscal en materia de IVA y se ha propuesto cubrirla por medio de R&W. No obstante, IESA solo cuenta con HP en su activo. Por tanto, no tendría mucho sentido que IESA ofreciese una garantía sobre HP cuando esta sociedad es la que está siendo objeto de compraventa entre las partes. Por tanto, realmente, IESA no estaría ofreciendo ningún tipo de cobertura frente a dicha contingencia puesto que HP va a dejar de formar parte de su activo, para ser propiedad de los Socios.

### 8.2. Posibles alternativas

Además de la cláusula de R&W, existen otras alternativas a considerar para poder cubrir dicha contingencia fiscal.

- Acordar un *Escrow*

El *escrow* consiste en una cuenta de depósitos en garantía. Se contrata a través de un contrato accesorio o una cláusula establecida en el contrato principal, en este caso el de compraventa de participaciones, a través del cual IESA podría depositar una determinada cantidad de dinero en nombre de un *escrow agent* que «es la tercera persona que, sin ser parte o haber participado de la negociación y desarrollo reglamentario de la relación comercial, y con independencia de la nota de ajenidad respecto de las partes contratantes, resulta llamado por razón de la confianza otorgada (fiducia) para velar por los intereses de las partes en el buen fin de la relación comercial programada a través de la verificación del exacto o regular cumplimiento del contrato celebrado, o de algunas obligaciones



*derivadas del mismo»* tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia 613/2014, de 24 de octubre.

Cabe la posibilidad de que la cantidad retenida la transfiera IESA como garantía por si se da la contingencia fiscal descubierta en la DD. Esta cantidad estará en manos del *escrow agent* por un tiempo determinado por las partes, de modo que en caso de que se diera la contingencia fiscal descubierta, ese dinero se transferiría a los Socios y, pasado el tiempo por el que se constituyó, si no se produce la contingencia fiscal, IESA recuperaría dicha cantidad.

De esta manera este tercero independiente podría asegurarse de que se cumple lo establecido en el contrato o en la cláusula de *escrow* sin que pueda llegar a producirse una situación de fraude o de incumplimiento por alguna de las partes.

- Un aval

Los avales permiten el respaldo de aquellas transacciones que se realicen entre las partes gracias a la solvencia que tiene un tercero, normalmente una entidad financiera. En este caso convendría un aval bancario, que sería una garantía en favor de los Socios en caso de que se diera la contingencia fiscal descubierta, de manera que sería el banco otorgante del aval quien respondería en caso de existir una obligación de pago derivada de la contingencia fiscal encontrada y la persona asegurada (IESA) no pudiera pagar las cantidades requeridas.

Cuando se opta por esta solución, normalmente es un aval a primer requerimiento y sin beneficio de excusión, cosa que facilita el pago inmediato por parte del banco al beneficiario del aval. Y, será el banco quien repetirá posteriormente contra IESA para recuperar el dinero que haya tenido que pagar para cubrir la contingencia.

- Cancelación del préstamo participativo

IESA, tal y como se establece en los antecedentes, tiene un préstamo participativo de 100 millones de euros con HP y los Socios pretenden cancelar dicho préstamo. Por tanto, una tercera posibilidad sería utilizarlo como garantía en el caso de que se sucediera la contingencia fiscal descubierta.

Es decir, en vez de que los Socios tengan que pagar el principal más los intereses devengados y los beneficios que pudieran haberse obtenido durante el ejercicio fiscal en

que tiene lugar la transmisión de las participaciones, éstos podrían depositar todo ese dinero en una *escrow account* (explicada en la primera alternativa) durante un tiempo definido, y en caso de que se diera la contingencia que el dinero volviera a los Socios y en caso de que no se diera transcurrido el tiempo establecido, que se ingresara dicha cantidad a IESA.

## 9. ASISTENCIA FINANCIERA Y POSIBLES ALTERNATIVAS

Aunque ABC y XYZ tienen suficientes fondos como para adquirir HP, están valorando utilizar los 500 millones de euros que ésta tiene disponibles en la caja para pagar el precio de compra<sup>10</sup>.

### 9.1. Asistencia financiera

La operación planteada por los Socios contraviene el artículo 143.2 de la 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»*.

En el caso de que HP pagase por cuenta de los socios, sería como si ésta les otorgase un préstamo para poder pagar sus propias participaciones, negocio prohibido por la LSC.

Esta prohibición tiene su razón de ser, por un lado, para poder salvaguardar los intereses de los accionistas y el fin social de la entidad. La operación de asistencia financiera resulta en la reducción de la tesorería (caja disponible) con el fin de satisfacer la compra de las participaciones de los socios y no de la consecución del objeto social, un hecho que implica un serio quebranto patrimonial, de modo que aparece el riesgo de concurso<sup>11</sup>.

Por otro lado, la asistencia financiera está prohibida por la protección de los intereses de terceros acreedores sociales que hayan otorgado un crédito a la sociedad de forma previa a la operación de compraventa de las participaciones sociales, como es el caso de la Deuda Socios y la Deuda Bancos.

En conclusión, con la asistencia financiera no son solo los intereses societarios internos los que corren cierto riesgo, sino también los intereses de terceros ajenos a la sociedad.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que este tipo de operaciones se incluirían en el apartado tercero del artículo 6 del CC, que dice que *«los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se*

---

<sup>10</sup> Por motivos fiscales, HP no permite distribuir esos 500 millones de euros en concepto de dividendos con carácter previo a la compra de las participaciones.

<sup>11</sup> CARRETERO PIRES, A. “Prohibición de asistencia financiera: concepto y aplicación a operaciones de adquisición apalancadas” (2008). URL: [https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6429/prohibicion\\_carretero\\_AFDUA\\_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6429/prohibicion_carretero_AFDUA_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

*establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Sin embargo, aunque esta norma establece la nulidad de pleno derecho de aquellos actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, el Tribunal Supremos realiza una matización en su sentencia 541/2018, de 1 de octubre de 2018:*

*«Consideramos que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada, y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación, (...) de modo que la sociedad puede exigir de forma inmediata el pago de la totalidad del precio. De este modo se pone fin a los efectos perniciosos que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales».*

Es decir, la financiación sería nula de pleno derecho, pero no la transmisión de las participaciones. Es por ello por lo que en caso de que se decidiera acudir a la asistencia financiera, aunque la transmisión de las participaciones no sería nula, la financiación sí, por lo que HP podría exigir el pago del precio de éstas de manera inmediata a los socios que hubieran utilizado este tipo de financiación.

Además, en el caso de utilizar la asistencia financiera para el pago de las participaciones, los Socios estarían incurriendo en un riesgo de sanción por parte de la Administración ya que este tipo de comportamientos se encuentran sancionados por la LSC en su artículo 157.2<sup>12</sup>.

## **9.2. Posible alternativa**

Una vez analizada la problemática con respecto a la asistencia financiera que podría darse en el caso de que fuera HP la que financiase a los Socios para la adquisición de sus propias participaciones. Existe UNA manera de sortear la prohibición de asistencia financiera y sería a través de un *Leveraged Buy-Out* o compra apalancada.

---

<sup>12</sup> «Las infracciones anteriores se sancionarán con multa por importe de hasta el valor nominal de las participaciones asumidas o acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía por la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera o, en su caso, las no enajenadas o amortizadas. El incumplimiento del deber de enajenar o amortizar será considerado como infracción independiente. Para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios de la misma, y a terceros.»

El *Leveraged Buy-Out* (en adelante, “LBO” o “compra apalancada”) consiste en una operación a través de la cual los Socios crean una sociedad vehículo (en adelante, “NewCo”) a través de la cual comprarán HP.

El procedimiento es el siguiente:

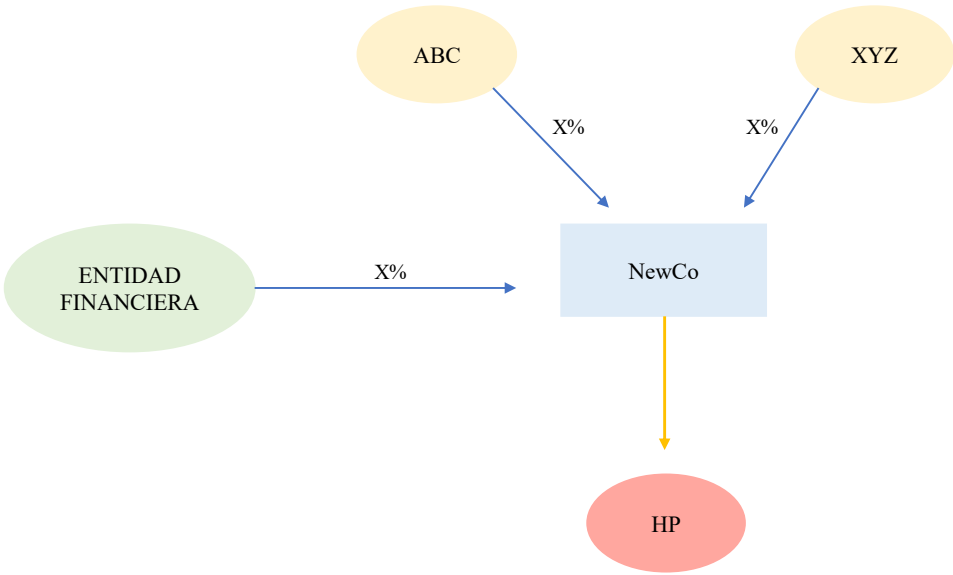
En primer lugar, se aportaría un pequeño porcentaje de financiación por parte de los Socios a la NewCo y el resto de la financiación la llevaría a cabo un tercero ajeno, como podría ser una entidad financiera. De este modo, los Socios no tendrían que realizar un desembolso tan cuantioso para la compraventa de las participaciones de HP.

En segundo lugar, la NewCo llevaría a cabo la compra de HP pagando a IESA el importe acordado para la compraventa y HP pasaría a ser propiedad de la NewCo e, indirectamente, de los Socios.

Por último, HP y la NewCo se fusionarían y la deuda contraída con la entidad financiera pasaría a formar parte de HP y se garantizaría con los propios activos de esta sociedad. De este modo, sería HP quien soportara el riesgo de la financiación y sería ella misma quien tendría la obligación de ir pagando el principal más los intereses a medida que fuera obteniendo rendimientos por su actividad.

De esta manera, los Socios no tienen que aportar el 100% de la financiación para la compra de las participaciones de HP y tampoco tienen que ofrecer una garantía directa a la entidad financiera que vaya a financiar la operación, sino que son los propios activos de la adquirida quienes servirán de garantía y será esta misma sociedad la que repague la financiación a la entidad financiera.

*Ilustración 1: Leveraged Buy-Out*



## **10. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL Y REVOCACIÓN DE LOS PODERES GENERALES**

### **10.1. Traslado del domicilio social**

En lo referente a la cuestión sobre el traslado del domicilio social de HP a Madrid, hay varios aspectos a considerar.

En primer lugar, en virtud del artículo 285 de la LSC, puesto que la modificación deseada implica la modificación de los Estatutos Sociales, debería llevarse a cabo por la Junta General que es quien tiene competencia para poder modificarlos. Sin embargo, en el apartado segundo de este mismo artículo, se permite, como excepción, que sea el órgano de administración de la entidad la que pueda llevar a cabo este cambio siempre que sea en territorio nacional y que los Estatutos Sociales no establezcan otra cosa.

Por tanto, habrá que examinar los Estatutos Sociales de HP y ver si el órgano de administración tiene o no competencia para poder modificar el domicilio social. En el caso de que la tuviera, ésta será una competencia compartida con la Junta General que también tendrá capacidad para llevar a cabo dicho cambio.

Tras haberse establecido el órgano que tiene capacidad de modificación del domicilio social, los administradores o socios que sean autores de dicha propuesta redactarán el texto íntegro en que consiste la modificación que se pretende (art. 286 LSC) para su posterior presentación y aprobación por el órgano de administración o la Junta General. Para ello, deberá convocarse al órgano competente para que puedan revisar el texto presentado y votar (art. 287 LSC). En el caso de HP, puesto que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, la mayoría necesaria para aprobar la modificación será la mayoría legal reforzada (art. 288 LSC).

Una vez aprobada la modificación del domicilio social será necesaria la inscripción en el Registro Mercantil y puesto que el cambio de domicilio social es de Málaga a Madrid, es decir, de una provincia a otra. Por tanto, en virtud del artículo 19 del RRM habrá que tener en cuenta una serie de requisitos adicionales para la inscripción en el Registro Mercantil de Madrid.

Pero, antes de proceder a la inscripción en el Registro Mercantil de Madrid, será necesaria su publicación en uno de los diarios de gran circulación de la citada provincia (art. 163 RRM).

Respecto de los requisitos especiales, en primer lugar, será necesaria una certificación literal de la hoja registral. Es decir, para poder inscribir en el Registro Mercantil de Madrid el domicilio social de HP, se tendrá que presentar una certificación literal en soporte papel de la hoja registral expedida por el Registro Mercantil de Málaga con todas aquellas inscripciones que pudiera tener para que puedan ser trasladadas a la hoja que se vaya a abrir en el Registro Mercantil de Madrid. Además, esta certificación también deberá reproducir las Cuentas Anuales que se hayan depositado en los últimos cinco años.

Esta certificación se expedirá previa presentación en el Registro Mercantil de Málaga del documento que acredite el acuerdo del traslado o, en caso de que haya sido el órgano de administración el que la haya acordado, el documento que contenga las firmas legitimadas. Esta hoja tendrá una vigencia de tres meses tras su expedición y pasado este tiempo habrá que solicitar una nueva.

En segundo lugar, una vez expedida la mencionada certificación, el registrador del Registro Mercantil de Málaga lo hará constar en el documento en cuya virtud se solicitó y tras el último asiento practicado, de manera que se cerrará el Registro Mercantil de Málaga.

El cierre de este registro tiene una vigencia de seis meses, tras los cuales, si no se ha recibido el oficio del registrador de Madrid acreditativo de que se ha practicado la inscripción en dicho registro, se reabrirá la hoja del Registro de Málaga.

En tercer lugar, el registrador de Madrid deberá transcribir de manera literal el contenido de la certificación en una nueva hoja reflejando el cambio de domicilio. A continuación, deberá comunicar al Registro malagueño que se han llevado a cabo las citadas inscripciones para que este proceso tenga eficacia real y el domicilio social de HP quede registrado en Madrid.

Después de que haya quedado inscrito de manera efectiva en el Registro Mercantil de Madrid, será necesaria su publicación en el BORME para que dicha inscripción sea oponible ante terceros, tal y como establece el apartado 1 del artículo 9 del RRM.

Una vez completado todo este proceso, HP habrá quedado inscrita de manera efectiva en el Registro Mercantil de Madrid.



## 10.2. Revocación de poderes generales

Otra de las cuestiones planteadas por los clientes es la relativa a la revocación de los poderes generales que tenía el antiguo apoderado de HP.

La concesión de poderes generales podría asimilarse a un contrato de mandato puesto que se otorgan facultades a una o varias personas para actuar, en este caso, en nombre de HP y velando por sus intereses.

En lo relativo a quién tiene competencia para poder llevar a cabo la revocación de poderes generales será el Consejo de Administración quien la podrá realizar (art. 209 LSC). Y será también este mismo órgano quien tenga facultades para poder otorgar dichos poderes (art. 249 LSC). Sin embargo, no tendrá facultades para nombrar apoderados la Junta General, sin perjuicio de todas aquellas instrucciones que pueda dar a los administradores para que otorguen poderes.

*«Debe confirmarse la nota del registrador respecto de la falta de competencia de la Junta general para revocar los poderes otorgados. 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)<sup>13</sup>».*

Una vez planteada y resuelta la cuestión de quién tiene capacidad para revocar poderes, habrá que ver de qué manera podrá surtir efectos frente a terceros esta revocación de poderes y, para ello, es necesario que la revocación se eleve a público y que se inscriba en el Registro Mercantil, en el caso de HP en el de Madrid.

Si bien es cierto que con su elevación a público ya sería efectiva la revocación, si no se inscribe en el Registro, ésta no tendrá efectos frente a terceros.

---

<sup>13</sup> Resolución de 11 de febrero de la DGRN.

## 11. REFINANCIACIÓN

ABC tiene muy buenas relaciones con un sindicato bancario alemán y, habiéndoselo comentado a XYZ, ambos pretenden refinar la Compañía a través de dicho sindicato y tienen en mente repagar anticipadamente toda la deuda existente con los acreedores de HP (Deuda con Bancos y Deuda con Socios).

HP tiene dos deudas relacionadas con la financiación de la Compañía. Por un lado, el préstamo concedido por el BE. Y, por otro lado, el préstamo participativo concedido por IESA.

### a) Financiación bancaria con el Banco Español, S.A.

Para proceder a la cancelación del préstamo otorgado por el BE será necesario acudir al contrato de financiación firmado y ver qué condiciones recoge.

Según los datos aportados por el Cliente, el clausulado del contrato es el típico de una financiación bancaria, y una de las cláusulas que se suelen establecer es la cancelación anticipada por si el prestatario desea la resolución del contrato con anterioridad a lo pactado.

A través de estas cláusulas las entidades financieras se cubren de aquellos ingresos que van a dejar de percibir debido a que el prestatario, una vez cancelada la financiación, dejará de pagar al banco intereses por la disposición del préstamo recibido. De esta manera, en el caso que nos ocupa, puesto que los Socios de HP quieren refinar la Compañía a través del sindicato bancario alemán, quieren proceder a la cancelación del préstamo con el BE. Esto implicará la activación de aquellas cláusulas de cancelación anticipada contenidas en el contrato de financiación, que, normalmente, implican el pago de determinadas comisiones por los intereses que va a dejar de percibir el BE por dicha cancelación.

### b) Préstamo participativo con Inversiones Españolas, S.A.

Un préstamo participativo es un préstamo a través del cual el prestamista obtiene una remuneración “doble” ya que, una consiste en la retribución por intereses ordinarios y, la segunda que depende de la marcha de la empresa financiada.

El apartado 1.b) del artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (en adelante, “RDL 7/1996”) establece que:

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

Por tanto, en primer lugar, habrá que estar a aquello que se haya pactado con IESA a la hora de la contratación del préstamo participativo. Y, en segundo lugar, a lo que establece el RDL 7/1996, es decir, no hay libertad para amortizar este tipo de préstamos de forma anticipada.

Esto se debe a que el préstamo participativo se considera como parte de los fondos propios de la empresa, además de que tiene carácter de préstamo subordinado, de manera que, si hubiera posibilidad de cancelación anticipada libre, se estaría perjudicando a los acreedores de la prestataria. Es por ello por lo que el RDL 7/1996 establece la necesidad de que para poder amortizar este tipo de préstamos sea necesaria una ampliación de los fondos propios de la empresa en la misma cuantía del préstamo que se pretende amortizar.

Por tanto, en el caso en que nos encontramos, para que HP pueda amortizar anticipadamente el préstamo participativo que tiene con IESA por valor de 100 millones de euros, será necesario que los Socios realicen una ampliación de los fondos propios por esta misma cantidad, antes de poder realizar dicha cancelación.

En caso de que no se dotara a HP de 100 millones de euros para los fondos propios, la amortización anticipada del préstamo con IESA podría tener varias consecuencias<sup>14</sup>:

- Posible nulidad de la amortización anticipada.

En cuanto a la legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad, correspondería a cualquier persona, física o jurídica, que tuviera un interés legítimo y pudiera verse perjudicada por dicha amortización. En este caso el BE que es el titular de los restantes derechos de crédito existentes a la fecha de la compraventa de las participaciones de HP

---

<sup>14</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F. “Amortización anticipada de préstamos participativos” (mayo 2022). URL: [https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/05/Amortizacion\\_anticipada\\_prestamos-1.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/05/Amortizacion_anticipada_prestamos-1.pdf)

y a la toma de control de los Socios, que son quienes quieren realizar la amortización anticipada del préstamo participativo, siempre y cuando no se les garanticen sus créditos.

En caso de que los terceros perjudicados interpusieran la acción de nulidad y ésta fuera estimada, conforme a las reglas generales en materia de nulidad de obligaciones y contratos del CC, supondría el restablecimiento obligatorio y con efectos retroactivos del contrato originario (art. 1.303 CC).

- Posible responsabilidad de los administradores, tanto de HP como de IESA.

Puesto que la dotación de los fondos propios con una cantidad igual a la del préstamo participativo (art. 20.1.b RDL 7/1996) es una norma imperativa, su incumplimiento puede generar responsabilidad respecto de los administradores de la sociedad prestataria por todos aquellos daños generados por dicha infracción, tanto si son a la sociedad como a terceros.

En el caso de que IESA hubiera concedido su consentimiento para la amortización anticipada del préstamo participativo teniendo conocimiento de la infracción de la norma mencionada en materia de la dotación de fondos propios de HP, también cabría extender dicha responsabilidad indemnizatoria a los administradores de ésta.

## 12. CONTRATO DE O&M

Según ha informado el Cliente, tras la venta se prevé que HP resuelva el contrato de O&M que tiene suscrito con OP y quede sustituido por otro nuevo con una sociedad del grupo ABC. Según el cliente, las condiciones son ligeramente más onerosas que las del contrato con OP, pero no llegan a ser consideradas fuera de mercado.

### 12.1. El contrato de O&M y su resolución

El contrato de O&M, pese a su reiterada utilización en la realidad económica, incluso en la jurisprudencia, no tiene una regulación específica en el ordenamiento jurídico español, por lo que se constituye como un contrato atípico.

Es por ello por lo que no se establecen unas normas concretas en cuanto a su resolución, sino que habrá que estar a lo que haya sido pactado por las partes, ya que estas tienen autonomía para poder pactar aquello que deseen y que satisfaga sus intereses, tal y como establece el artículo 1255 del CC: *«los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»*.

En este caso, por tanto, habrá que estar a lo establecido en el contrato y habría que analizar las condiciones que se firmaron en su momento. Habrá que analizar principalmente las relativas a la resolución del contrato, así como a su duración y vencimiento anticipado.

Al tratarse de un contrato exclusivo con OP, es posible asumir que aquello que se firmó salvaguardaría de manera férrea los intereses de esta sociedad ya que HP es, probablemente, su única fuente de ingresos. Por tanto, lo más probable es que exista alguna cláusula en relación con daños y perjuicios que prevea la posibilidad de que OP perciba una indemnización en caso de que HP decida llevar a cabo la resolución del contrato de manera anticipada.

Esta cláusula suele establecerse ya que hay veces que alguna de las partes quiere finalizar el contrato previo a su vencimiento. La parte que desea la resolución del contrato no puede quedar obligada a continuar con la relación contractual por la simple razón de que el contrato no haya llegado a su fin. Sin embargo, la parte perjudicada estará legitimada para reclamar una indemnización por aquel lucro cesante que pueda derivarse de dicha resolución.

Por tanto, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, HP sí que podrá llevar a cabo la resolución del contrato y para dicha actuación, habría que revisar en los Estatutos quién es la persona que tiene facultades para poder adoptar dicha decisión y poder firmar en nombre de la compañía. Además, también será necesario evaluar el valor del contrato para la compañía y las implicaciones que pudiera tener la resolución y la contratación con una empresa vinculada de uno de los Socios.

En caso de que los Estatutos no estableciesen la persona con facultades para tomar decisiones en relación con este tipo de contratos, sería el propio órgano de administración de la sociedad quien tendría facultad para poder llevar a cabo la resolución.

Si acudimos a la LSC y al RRM vemos que será el Consejo de Administración quien tendrá el poder de representación y que actuará colegiadamente (arts. 233 LSC y 124 RRM). El ámbito de dicho poder de representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. De esta manera, el contrato de O&M entraría en dicho ámbito, puesto que, sin el mantenimiento de la maquinaria de HP, la sociedad no podría llevar a cabo su actividad.

## **12.2. Posibles riesgos**

La resolución de un contrato por voluntad unilateral antes de que finalice la duración del contrato suele comportar determinados riesgos, al igual que contratar con una empresa vinculada de alguno de los Socios. Estos posibles riesgos son:

- Riesgo de obligación de pago de una indemnización en favor de OP.

Para poder determinar la realidad de este riesgo habría que acudir al contrato de O&M, pero, es posible que pueda existir alguna cláusula de vencimiento anticipado que implique el pago de una indemnización o si existen compromisos de permanencia, cuya ruptura pueda suponer un elevado coste para HP.

Además, puesto que se trata de un contrato que implica la prestación por parte de OP de servicios de mantenimiento en exclusiva a HP, dichas cláusulas podrán ser muy onerosas debido al riesgo que OP ostenta a la hora de firmar este tipo de contratos.

- Riesgo de incumplimiento contractual.

El momento en que una de las partes resuelve el contrato es el momento en el que se genera este incumplimiento contractual, ya que es posible que haya necesidad de dar un

preaviso a la contraparte con un tiempo definido, elemento que si no se cumple puede dar lugar a una indemnización por dicho incumplimiento.

Además, la resolución habría que gestionarla bien para evitar la responsabilidad de los administradores y, a ser posible, que un experto independiente valore la idoneidad del nuevo contrato de O&M y que sea justificable el incumplimiento contractual para evitar perjuicios económicos demasiado cuantiosos.

- Riesgo de que las condiciones del nuevo contrato dejen de estar a precio de mercado.

Puesto que el nuevo contrato se quiere firmar con una entidad vinculada de ABC, habrá que acudir al artículo 18 de la LIS, el cual establece en su apartado 2, letra g) que establece que dos entidades serán vinculadas en caso de que *«dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios»*.

Aunque habría que ver el tipo de vinculación de ABC con la entidad de su grupo, si asumimos que participa de ella en más de un 25%, se establecería como entidad vinculada de HP. Por tanto, en el caso de que se diera esto último y que la transacción fuese superior a 250.000 euros, habría que asegurarse de que las condiciones del contrato son a mercado, condiciones que pueden ir variando conforme pasa el tiempo, ya que en caso de que no lo fueran, si aconteciera una inspección, la Hacienda Pública les haría un ajuste en el precio pagado por HP, además de imponer una multa por dejar de pagar impuestos puesto que los gastos deducibles han sido mayores a los que deberían haber sido y, *por ende*, la base imponible sobre la que se calcula el Impuesto sobre Sociedades, también debería de haber sido superior.

### **13. CONCLUSIONES**

Para finalizar este dictamen, se van a redactar de manera muy concisa las conclusiones a las cuestiones planteadas por el cliente.

#### **PRIMERA.- Transmisión de participaciones y LPBC.**

ABC y XYZ sí que podrán llevar a cabo la adquisición de las participaciones de HP, aun siendo terceras empresas ajenas a ésta, siempre y cuando cumplan determinadas formalidades requeridas por la LSC.

Además, puesto que la transacción se deberá elevar a documento público y deberá ser firmada por notario, éste deberá asegurarse de que las partes cumplen los requisitos exigidos en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Es por ello por lo que los Socios deberán tener y presentar toda la documentación que el notario pudiera pedirles para que la compraventa de las participaciones pueda realizarse.

#### **SEGUNDA.- Poderes especiales.**

Puesto que los Socios han otorgado poderes especiales para poder realizar la operación de compraventa, éstos deberán cumplir los requisitos exigidos por ley y, en el caso de ABC, será necesario que dichos poderes contengan la Apostilla de la Haya para que puedan ser admitidos como válidos por el notario español.

#### **TERCERA.- Acciones previas a la firma del contrato de compraventa.**

En relación con esta cuestión, sí que habrá determinadas actuaciones que los Socios e IESA deberán llevar a cabo para poder tener toda la información posible antes de la determinación de las condiciones del contrato de compraventa, para así poder negociar de la manera más justa posible y conociendo toda la información que sea posible por parte de la compradora.

#### **CUARTA.- Posibilidad de un pacto de socios.**

Sí que es recomendable la firma de un pacto de socios entre ABC y XYZ para regular todas aquellas cuestiones que no puedan ser reguladas en los Estatutos Sociales o que no quieran que sean conocidas por el público.



#### **QUINTA.- Acuerdos del pacto de socios.**

Es recomendable que los Socios consideren diferentes cláusulas a incluir en el pacto de socios, principalmente, para la regulación de aquellas cuestiones que no puedan ser incluidas en los Estatutos, pero que son de especial relevancia debido a las posiciones de socio mayoritario y minoritario de cada una de las entidades que van a adquirir HP.

#### **SEXTA.- Manifestaciones y garantías.**

En cuanto a la cláusula de R&W, además de redactar esta cláusula, también se pueden redactar otras opciones adicionales como es el acuerdo de un *escrow* en favor del comprador, que IESA aporte un aval bancario a primer requerimiento o que se realice la cancelación del préstamo participativo con todo lo que ello implica.

#### **SÉPTIMA.- Asistencia financiera.**

La operación de financiación de HP a los Socios implica asistencia financiera, práctica prohibida en la LSC. Es por ello por lo que se plantea la alternativa del LBO como manera de sortear esta prohibición sin que los Socios tengan que sostener todo el peso de la financiación.

#### **OCTAVA.- Traslado de domicilio.**

El traslado del domicilio social de Málaga a Madrid planteado por los Socios consiste en una operación muy sencilla y que, simplemente, hay que cumplir determinadas formalidades para que sea efectivo y pueda surtir efectos frente a terceros.

#### **NOVENA.- Refinanciación.**

La refinanciación de la empresa es posible siempre y cuando se atienda a las condiciones de los préstamos de financiación. Y en el caso del préstamo participativo, habrá que tener en cuenta la necesidad de dotar a HP con una ampliación de los fondos propios de la misma cuantía que el préstamo participativo.

#### **DÉCIMA.- Contrato de O&M.**

La resolución de este contrato será posible puesto que nadie puede quedar anclado de manera indefinida a un contrato en contra de su voluntad. Sí que habrá que tener en cuenta las diferentes cláusulas de vencimiento anticipado del contrato para ver qué es lo que la empresa deberá hacer o pagar por dicho vencimiento. Y, además, deberá tener en cuenta

los distintos riesgos que pueden derivarse de dicha resolución (i.e. pago de una indemnización, incumplimiento contractual, riesgo en materia de precios de transferencia).