

# **UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS**

**Curso académico 2022-2023**



## **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**ESPECIALIDAD EN DERECHO DE LA EMPRESA**

**AUTOR: PAULA POMPOSO ARTECHE**

**TUTOR: RAMÓN FERNÁNDEZ-ACEYTUNO**

**CONVOCATORIA  
DICIEMBRE 2022**

## ÍNDICE

<b>DEFINICIONES</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
<b>RESUMEN EJECUTIVO</b>	<b>4</b>
<b>1. Adquisición de participaciones por parte de ABC. Posibilidad, requisitos y formalidades PBCFT.</b>	<b>5</b>
<b>2. Poder especial otorgado por ambos Socios ante notario en sus respectivos domicilios. Formalidades para ser admitido por el notario español.</b>	<b>10</b>
<b>3. Formalidades y/o acciones previas o simultáneas adicionales a la ejecución de la compraventa.</b>	<b>13</b>
<b>4. Pacto de socios. Acuerdos a recoger teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital.</b>	<b>19</b>
<b>5. Traslado del pacto de socios a los estatutos sociales, ¿es recomendable?. Estructuración del derecho del nombramiento de administradores.</b>	<b>26</b>
<b>6. Contingencia por IVA. Manifestaciones y garantías.</b>	<b>28</b>
<b>7. Empleo de caja para pagar el precio de compra: pagar por cuenta de Socios o concesión de préstamo. Posibilidad y alternativas.</b>	<b>33</b>
<b>8. Traslado de domicilio social y revocación de poderes, otorgando unos nuevos. Órganos. Documentación, formalidades y responsables.</b>	<b>37</b>
<b>9. Refinanciación de la compañía y repago anticipado de la totalidad de la deuda (Deuda Bancos y Deuda Socios). Posibilidad y procedimiento.</b>	<b>40</b>
<b>10. Resolución del contrato de O&amp;M. Órganos responsables de suscribir el nuevo contrato, requisitos. Riesgos.</b>	<b>43</b>

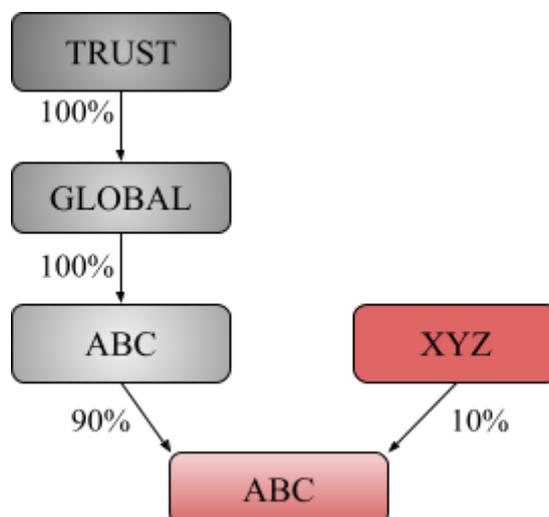
**DEFINICIONES**

- **ABC** significa la sociedad ABC Capital EU S.A.R.L.
- **BE** significa la sociedad Banco Español, S.A.
- **CC** significa el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- **Compraventa** tiene el significado que se le otorga en la Introducción.
- **CNMC** significa Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.
- **DGSJFP** significa Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- **Global** significa la sociedad ABC Global Ltd.
- **HP** significa la sociedad Hidro Power, S.L.
- **IESA** significa la sociedad Inversiones Españolas, S.A.
- **LDC** significa la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- **LOI** tiene el significado que se le otorga en la cuestión 3.
- **LSC** significa el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- **NDA** tiene el significado que se le otorga en la cuestión número 3.
- **O&M** tiene el significado que se le otorga en la cuestión número 10.
- **OP** significa la sociedad Operación de Proyectos, S.L.
- **RRM** significa el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- **R&W** tiene el significado que se le otorga en
- **Socios** tiene el significado que se le otorga en la Introducción.
- **SPA** tiene el significado que se le otorga en la cuestión número 3.
- **TFUE** significa Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- **Trust** significa la sociedad ABC Trust.
- **UE** significa Unión Europea.
- **XYZ** significa la sociedad XYZ, S.L.

## INTRODUCCIÓN

Se ha elaborado el presente informe para asistir a las sociedades ABC Capital EU S.A.R.L y XYZ, S.L. (en adelante, los “**Socios**”) en la valoración de determinados aspectos legales de la sociedad HIDRO POWER, S.L. (en adelante, “**HP**”), en relación con un proceso de adquisición conjunta de la totalidad del capital social de HP (en adelante, la “**Compraventa**”).

De conformidad con la información que nos ha sido proporcionada, HP posee un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España, y el socio único de HP, y por lo tanto, titular de la totalidad de las participaciones sociales de esta, es la sociedad Inversiones Españolas, S.A. (en adelante, “**IESA**”). Por su parte, la sociedad ABC Capital EU, S.A.R.L (en adelante, “**ABC**”) es una entidad luxemburguesa dedicada a la inversión en diversos proyectos de infraestructuras en la Unión Europea, y ha llegado a un acuerdo con la sociedad española XYZ, S.L. (en adelante, “**XYZ**”) para la adquisición del 90% y el 10% del capital social, respectivamente. La estructura societaria resultante de la operación de Compraventa sería la siguiente:



A continuación, se exponen las cuestiones que nos han sido trasladadas y que serán analizadas desde un punto de vista societario con el fin de dar respuesta a las mismas. Al final de cada pregunta se adjunta un breve resumen para facilitar al cliente la comprensión y proporcionarle una lectura rápida de los asuntos que se tratan en ella.

## **RESUMEN EJECUTIVO**

A continuación, se recogen las principales conclusiones derivadas del análisis de las cuestiones planteadas, sin perjuicio de exponerse de forma más detallada en el informe, el cual deberá ser tomado en consideración en su integridad.

- En el presente informe se analiza la operación de compraventa de participaciones sociales que las sociedades ABC y XYZ desean adquirir de la entidad de capital privado HP. La sociedad HP opera en el mercado de las centrales hidráulicas en España, siendo titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en este territorio.
- Para llevar a cabo el asesoramiento en la operación, se tendrá en consideración las circunstancias específicas de cada sociedad y que podrían dar lugar a dificultades u obstáculos añadidos a una operación de compraventa común. Estas circunstancias podrían ser la estructura societaria de cada sociedad, los intereses que persigue cada una de ellas con esta operación, así como el lugar donde radica el domicilio social de cada sociedad.
- En el presente informe se resuelven las cuestiones planteadas relativas al procedimiento para llevar a cabo la compraventa, las formalidades que deben cumplir en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y para el otorgamiento de poderes, así como acciones que deben llevarse a cabo al tratarse de una operación de concentración, la posibilidad, conveniencia y procedimiento para la requisitos para suscripción de pactos parasociales.
- Asimismo, se aportan diversas soluciones ante la aparición de posibles contingencias que pudieran surgir a lo largo del procedimiento y su cobertura, y ante la problemática que pudiera surgir relativa al método de financiación más adecuado para los compradores, teniendo en cuenta las circunstancias financieras de cada uno.
- Con el fin de aportar una visión global e igualmente ventajosa para ambas sociedades, se presentan alternativas y soluciones que resuelvan satisfactoriamente las cuestiones planteadas, buscando aportar equilibrio tanto para ABC como para XYZ.

## **1. Adquisición de participaciones por parte de ABC. Posibilidad, requisitos y formalidades PBCFT.**

La primera cuestión que se plantea es si la sociedad ABC puede adquirir participaciones de una sociedad española, y en su caso, qué requisitos deberá cumplir. Para dar respuesta a esta pregunta, se debe acudir, entre otros, al art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”), el cual señala que *“quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”*. Siguiendo el tenor literal de este precepto, se puede concluir que no debería existir ningún impedimento para que ABC adquiriera las participaciones sociales de una sociedad española, y en concreto, las de HP.

No obstante, el art. 65.1.b) TFUE permite a los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, “UE”) *“adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública”*. En este sentido, el Reglamento UE 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo para el Control de las Inversiones Directas en la Unión, ha numerado los sectores y las operaciones que deben ser controladas en caso de inversiones extranjeras fuera de la UE. Asimismo, establece un sistema de cooperación entre los Estados miembros para el control de las inversiones provenientes de países no pertenecientes a la UE.

En la legislación española, la regulación relativa al control señalado la encontramos en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, y en el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores. De conformidad con el art. 4.1 de este último, *“las inversiones extranjeras en España, y su liquidación serán declaradas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda, con una finalidad administrativa, estadística o económica”*. Añade el apartado 2 del mismo precepto que la obligación de declaración anterior deberá ajustarse en virtud de las circunstancias, y *“si la declaración tiene por objeto una inversión que proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los territorios o países previstos en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, el titular de la misma deberá efectuarla con carácter previo a la realización de la inversión”*. Debido a la controversia que

puede surgir alrededor de los domicilios fiscales de las sociedades en cuestión, será necesario analizar si dichas sociedades se encuentran domiciliadas en países que tengan la consideración de paraíso fiscal.

El mencionado Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren el art. 2.3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y el art. 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, señala un listado de países y territorios que tienen la consideración de paraíso fiscal. En dicho listado podemos encontrar que tanto Luxemburgo (nº 41), como las Islas Vírgenes Británicas y Bermudas (nº 35 y 14, respectivamente) tienen la consideración de paraíso fiscal.

No obstante, en virtud del artículo 2 de la misma ley, *“Los países y territorios a los que se refiere el artículo 1 que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales en el momento en que dichos acuerdos o convenios entren en vigor”*. Estando así las cosas, sería necesario comprobar si estos países han firmado alguno de los documentos mencionados en el párrafo anterior.

De acuerdo con el listado de Acuerdos De Intercambio De Información (actualizado el 13 de enero de 2021), publicado en la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública, existe un acuerdo con Bermudas, pero este se encuentra en tramitación desde el 30 de septiembre de 2009, por lo que no se puede considerar que exista un acuerdo definitivo y vinculante. En cuanto al listado de Convenios de Doble Imposición publicados por el mismo Ministerio, Luxemburgo ha firmado este convenio, incluyendo en su artículo 27 una cláusula de intercambio de información. Por lo tanto, se puede concluir que Luxemburgo ya no posee la consideración de paraíso fiscal, y no deberá realizar la declaración al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda señalado al principio de esta cuestión. No obstante, el art. 8.2 del Real Decreto 664/1999 sobre inversiones exteriores, señala que *“los titulares de inversión, las empresas españolas participadas por no residentes, los fedatarios públicos, las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y otras entidades financieras que hayan intervenido operaciones de inversión podrán ser requeridas por la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores para aportar la*

*información que en cada caso resulte necesaria*". Por lo tanto, resulta conveniente resaltar esta advertencia, por si en un futuro podría materializarse dicho requerimiento.

De forma adicional, debe tenerse en consideración que la operación que se desea llevar a cabo puede tener la consideración de operación concentrada, y como consecuencia, deberá cumplir con las formalidades que se detallan en la cuestión número 3 de este informe, en la cual se expone con mayor profundidad y detenimiento aquellas formalidades adicionales que se deben completar con carácter previo o simultáneo a la Compraventa.

Además, independientemente de la operación en cuestión, toda inversión extranjera exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Puesto que ABC es una persona jurídica, ésta deberá acreditar su condición de no residente mediante documento fehaciente que acredite su domicilio social (art. 3.1.d) de la Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación<sup>1</sup>). Adicionalmente a esta acreditación, existe cierta documentación que debe aportarse al notario autorizante de la operación, siendo esta la siguiente:

- Título de propiedad de las participaciones sociales que se transmiten en la operación.
- Poderes, en su caso, para comparecer en nombre de los compradores. En caso de haberse otorgado en el extranjero, debe estar debidamente legalizado. Este punto será objeto de desarrollo en el apartado 2 de este documento.
- N.I.F. español de los compradores.
- Manifestación sobre el titular real tanto para el comprador, es decir, ABC y XYZ, como para el vendedor, esto es, IESA, al tratarse de personas jurídicas. Este requisito podrá cumplirse aportando un acta notarial de manifestaciones de titularidad real o declarando en la propia escritura.
- Justificación documental del pago y medio a través del cual se ha realizado.

Una vez realizada la inversión, el inversor deberá presentar el modelo D-1A, de Declaración de Inversión Extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión, ante el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, que deberá incluir el protocolo y fecha del documento público por medio del cual se formaliza la inversión, y deberá estar firmada de forma telemática por la persona jurídica que efectúa la inversión (o su representante o

---

<sup>1</sup> El nombre completo es: Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización.

persona autorizada al efecto). Este documento deberá ser remitido al notario que autorice la operación, quien deberá contrafirmarlo, y podrá ser presentado telemáticamente a través de la sede electrónica de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversores.

En lo relativo a los impuestos, la sociedad inversora deberá presentar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (modelo 600).

Por otro lado, en cuanto a las formalidades en materia de prevención de capitales y financiación del terrorismo, estas vienen recogidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo (en adelante, “LPBCFT”), y exige a las sociedades que actúen con sujetos obligados por la ley, entre los que se encuentran abogados y fedatarios públicos, que aporten a dichos sujetos obligados la siguiente información:

- Documentos fehacientes a efectos de identificación formal (art. 3 LPBCFT). En el caso de personas jurídicas, estas deberán aportar los documentos públicos que acrediten su existencia y contengan su denominación social, forma jurídica, domicilio, identidad de sus administradores, estatutos y número de identificación fiscal.
- Documento por el cual se pueda identificar al titular real de la sociedad. A efectos del art. 4 LPBCFT, se entiende por titular real *“La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica”*. Si no existiera una persona física que posea o controle al menos el 25% del capital o de los derechos de voto, se entenderá que quien ejerce el control es el administrador o administradores de la sociedad. El art. 4 bis LPBCFT añade que *“Sin perjuicio de las obligaciones que les fueran exigibles por su normativa reguladora, las sociedades mercantiles, [...] constituidas conforme a la legislación española o con domicilio social o sucursal en España, están obligadas a obtener, conservar y actualizar la información del titular o los titulares reales de esa persona jurídica”*. Por lo tanto, XYZ, IESA y HP deberán cumplir con esta obligación.
- Información sobre el propósito e índole de la relación de negocios (art. 5 LPBCFT). En concreto, los sujetos obligados por la ley deberán recabar de ABC, XYZ, IESA y HP información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o

empresarial, adoptando las medidas necesarias para comprobar la veracidad de dicha información.

- Información, y en su caso, acreditación del origen de los fondos que se pretenden aportar.

Asimismo, los sujetos obligados que participen en la operación de Compraventa deberán aplicar medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios y deberán aplicar las medidas de diligencia debida previstas en los artículos de la LPBCFT.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, a modo de resumen conviene resaltar que la sociedad ABC sí puede adquirir participaciones sociales de una sociedad española, para lo cual deberá llevar a cabo las acciones y formalidades señaladas tanto en este apartado como en la cuestión número 3 de este informe. Además, todas las sociedades partícipes en esta operación deberán atender a las obligaciones establecidas en la Ley de prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo, desarrolladas anteriormente. Con el fin de proceder al mismo, nosotros como asesores de ABC y XYZ podríamos hacernos responsables de la elaboración y gestión de la documentación requerida, a fin de facilitar el procedimiento.

## **2. Poder especial otorgado por ambos Socios ante notario en sus respectivos domicilios. Formalidades para ser admitido por el notario español.**

En esta cuestión se plantea qué formalidades deben cumplir los poderes otorgados por los Socios en sus respectivos domicilios sociales para que estos sean admitidos por el notario autorizante de la operación. A pesar de la existencia de alguna diferencia derivada del lugar donde se encuentra el domicilio social de los Socios, también existen requisitos comunes.

El primer requisito común que debe cumplir un poder otorgado por una sociedad es el reflejo en dicho documento de la confirmación por parte del notario ante el cual se otorga, de que la sociedad otorgante del poder está válidamente constituida bajo las leyes del país en el que se constituyó, y que, asimismo, se encuentra inscrita en el Registro Mercantil correspondiente. Trasladando esta información al presente caso, el notario luxemburgués ante el cual ABC haya otorgado el poder debe señalar que esta fue constituida bajo las leyes de Luxemburgo. En el caso de XYZ, las leyes bajo las cuales ha debido regirse la constitución de la misma son las de España.

El segundo requisito común que debe cumplir un poder otorgado por una sociedad es que el notario haya comprobado la identidad personal del representante de la sociedad y que señale que, a su juicio, esta persona tiene la capacidad legal necesaria para otorgar válidamente el poder en representación de la sociedad otorgante.

En el caso de la sociedad XYZ, un poder otorgado por el representante de la misma, que cumpla con los requisitos mencionados anteriormente y realizado ante notario español en su domicilio social, debería ser admitido por todos los demás notarios en España al tratarse de una sociedad cuyo domicilio social se encuentra en España. Sin embargo, el domicilio social de la sociedad ABC radica en el extranjero, lo que implica que este poder debe cumplir algún requisito adicional para tener validez en España, o en cualquier otro país extranjero.

En relación a esta circunstancia, se debe tener en consideración que un poder otorgado ante notario tiene validez ante los notarios del país en el cual se ha otorgado el mismo, pero para que estos poderes tengan validez y reconocimiento ante notarios de otros países, deben cumplir el trámite de la Apostilla. Dicho de otro modo, este deber supone que todos aquellos poderes emitidos ante notario y de los cuales se desea que sean admitidos por un notario en

un país diferente, en este caso, el notario autorizante de la operación, es necesario que sean apostillados.

De acuerdo con el Ministerio de Justicia<sup>2</sup>, el trámite de apostilla consiste en colocar sobre un documento público, o una prolongación de este, una Apostilla o anotación que certificará la autenticidad de la firma de los documentos públicos expedidos en un país firmante del XII Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros que deban surtir efectos en otro país firmante del mismo. Así, los documentos emitidos en un país firmante del Convenio que hayan sido certificados por una Apostilla, deberán ser reconocidos en cualquier otro país del Convenio sin necesidad de otro tipo de autenticación. De acuerdo con el art. 1 del Convenio, esta normativa extiende su ámbito de aplicación “*a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante*”.

Puesto que, de acuerdo con el listado de Estados firmantes del XII Convenio De La Haya, Luxemburgo es uno de los países firmantes del mismo, el poder especial otorgado y apostillado en el domicilio social de ABC deberá ser admitido por el notario autorizante de la operación, del mismo modo que lo será el poder otorgado por la sociedad española XYZ.

El trámite de la apostilla puede ser solicitado bien por el otorgante del poder, bien por el notario ante el cual se otorga, dependiendo de si la Notaría en la que se ha realizado el trámite ofrece dicho servicio. Una vez se haya colocado la Apostilla en el documento original del poder, este deberá ser enviado a España con el fin de que el notario autorizante de la operación tenga en su poder dicho documento original, no siendo válida una versión escaneada o fotocopiada del mismo.

A modo de resumen, a los efectos de poder comparecer ante notario en España para otorgar la Compraventa, los requisitos que deben cumplir los poderes otorgados en los respectivos domicilios sociales son: i) constatación de la validez de constitución de las sociedades en virtud de la ley aplicable a su jurisdicción, y su inscripción en el Registro Mercantil correspondiente; ii) constatación de la identidad y la capacidad de la persona otorgante del

---

<sup>2</sup> Si desean, pueden encontrar más información acerca del trámite de la apostilla en la normativa: Orden JUS/1207/2011, de 4 de mayo, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico.

poder; iii) apostillar el poder especial otorgado por ABC, remitiendo el documento original apostillado al notario autorizante de la operación en España.

### 3. Formalidades y/o acciones previas o simultáneas adicionales a la ejecución de la compraventa.

Para proceder a la Compraventa de las participaciones sociales de HP por ABC y XYZ, es necesario cumplir ciertas formalidades previas y simultáneas a la operación, teniendo en cuenta las acciones comunes a todo tipo de operaciones societarias, como a las que se requieren en el caso objeto de análisis por su especial trascendencia. Asimismo, y con el fin de proporcionar una visión más global del procedimiento, en este análisis se mencionará alguna acción posterior a la Compraventa que también deberá llevarse a cabo.

#### A. ACCIONES PREVIAS

<p><b>Comprobación de los Estatutos Sociales de HP.</b></p>	<p>De acuerdo con el artículo 107.1 de la LSC, fuera de los casos en los que las participaciones sociales se transmiten por actos <i>inter vivos</i> entre socios, a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio, o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, la transmisión estará “<i>sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley</i>”. Por lo tanto, y puesto que nos encontramos efectivamente fuera de los casos previstos en este artículo, antes de proceder con los actos que se mencionan posteriormente, es necesario comprobar que en los estatutos sociales de HP o en las leyes no se haya establecido alguna limitación que dificulte la transmisión. En el caso que nos ocupa, es de suma relevancia cumplir el paso que se expone a continuación.</p>
<p><b>Operación concentrada. Ley de Defensa de la Competencia</b></p>	<p>A los efectos previstos en el art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”), se considera que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de, entre otros, la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. Puesto que una operación de concentración puede constituir un elemento distorsionador de la competencia en el mercado, la LDC en su art. 8</p>

exige que determinadas operaciones de concentración sean notificadas, con carácter previo a su ejecución, a la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (en adelante, “CNMC”). Así, son objeto de control por la CNMC las operaciones que: i) como consecuencia de la la misma se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional [...]; y ii) cuando el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros<sup>3</sup>. Puesto que HP es titular del 25% de las centrales hidráulicas operativas en España, si alguno de los Socios poseyera la cantidad igual o superior al 5% de la cuota de mercado de las centrales hidráulicas en España, se alcanzaría el porcentaje del 30% mencionado, por el cual la operación se vería sometida a control de la CNMC.

La obligación de la notificación de la operación de concentración a la CNMC sería tanto para ABC como la XYZ, por su adquisición conjunta del control total de HP, debiendo la CNMC deliberar sobre su consideración respecto a la autorización de la operación en cuestión, atendiendo a los elementos recogidos en el art. 10.1 LDC. De acuerdo con el art. 9.2 LDC, la concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración.

Es de suma importancia cumplir el requisito de la notificación a la CNMC puesto que la ejecución de la operación de concentración sin dicha notificación podría acarrear multas de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior a la imposición de la multa (art. 63.1 LDC).

---

<sup>3</sup> Con el fin de conocer si se supera el umbral de cuota o el volumen de negocios mencionado, resultan de utilidad los parámetros ofrecidos por los arts. 4 y 5 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

	<p>Puesto que entendemos que la CNMC autorizará la operación, se continúa con la exposición de formalidades y acciones que deben cumplimentarse para llevar a efecto la Compraventa.</p>
<p><b>Comunicación al administrador único.</b></p>	<p>De conformidad con el art. 107.2.a) LSC, IESA, como socia única de HP, deberá comunicar por escrito al administrador único de HP su voluntad de transmitir sus participaciones sociales, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad de los adquirentes y el precio y demás condiciones de la transmisión. Puesto que se trata de una sociedad unipersonal, el acuerdo de la Junta General respecto a esta transmisión se entiende cumplido.</p>
<p><b>Obtención de N.I.F. y N.I.E.</b></p>	<p>Puesto que la sociedad ABC es extranjera y quiere realizar operaciones en España, es necesario que obtenga un Número de Identificación Fiscal (en adelante, “N.I.F.”) con el que podrá actuar en el tráfico mercantil español. Asimismo, para que la persona o personas que ostenten el cargo de administrador de la sociedad ABC puedan realizar trámites en España en representación de ABC, será necesario que obtengan el Número de Identidad Extranjero (en adelante, “N.I.E.”) por el cual puedan ser identificados.</p>

## B. ACCIONES SIMULTÁNEAS

Una vez que se han cumplido las obligaciones que tiene el vendedor de forma unilateral previas a la transmisión, será necesario la realización de los siguientes trámites:

<p><b>Suscripción de un NDA (acuerdo de confidencialidad)</b></p>	<p>A través de este tipo de contratos de confidencialidad, o más conocido por su nombre en inglés, <i>Non-Disclosure Agreement</i> (en adelante, “NDA”), las partes, se comprometen a no divulgar ni compartir información que hayan podido percibir por motivo de la operación. Puesto que los firmantes del NDA son personas jurídicas, las</p>
---	---

	<p>obligaciones del mismo abarcan a todo el personal de las sociedades que tuvieran acceso a esta información. En el propio NDA deberá recogerse la identidad de las partes, la información que se protege, los motivos por los que se desea su protección, obligaciones de las partes, duración del acuerdo y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, y deberá ser firmado antes de compartir ningún tipo de información confidencial.</p>
<p><b>Carta de intenciones / Letter of intent</b></p>	<p>Mediante una carta de intenciones o <i>letter of intent</i> (en adelante, “LOI”), las partes manifiestan su interés en la ejecución de la operación de Compraventa, pudiendo anticipar acuerdos o reglas que regirán la fase de negociación. La carta no tendrá carácter vinculante para las partes, salvo que lo contrario se haya establecido en la misma.</p>
<p><b>Elaboración de un informe Due Diligence</b></p>	<p>El objetivo de un informe Due Diligence es proporcionar al comprador, en este caso, a ABC y XYZ, el conocimiento más amplio de HP en relación a las contingencias y los riesgos que estas pueden comportar a través de la revisión de múltiples áreas de HP: societaria, contractual, contable, fiscal, laboral, etc. para comprobar que esta cumple con la normativa correspondiente y vigente en cada momento. Puesto que HP no tiene trabajadores, se omitiría la revisión del área laboral.</p> <p>Una vez que HP hubiera facilitado la documentación requerida para el análisis, ésta sería revisada por cada área del despacho encargada de realizar el informe, anotando en cada caso las contingencias que pudieran derivarse de cualquier documentación, de modo que tanto ABC como XYZ puedan tener una visión global y estar al tanto de la situación general y veraz de HP, y emplear dicha información del modo que consideren oportuno.</p>
<p><b>Elaboración de un SPA (contrato de compraventa)</b></p>	<p>En este documento, conocido por sus siglas en inglés que hacen referencia a <i>Sale Purchase Agreement</i> (en adelante, “SPA”), se</p>

	<p>plasman todos los aspectos que regularán la compraventa: partes contratantes, precio, duración, garantías, obligaciones, etc. Cada SPA debe ser realizado a medida de la operación en cuestión.</p> <p>Por otro lado, como asesores de ABC y XYZ, sería aconsejable incluir en el SPA una cláusula por la cual HP se comprometiera al mantenimiento de los activos de la sociedad, ya que aunque la presente compra se dirige únicamente de las participaciones sociales de HP, el objetivo último es la compra de la sociedad en su conjunto; de nada serviría la compra de las participaciones de HP si la actividad de la misma queda obstaculizada o finalizada por la imposibilidad de la continuación de la misma.</p>
--	---

Una vez que el SPA haya sido firmado y se haya hecho efectiva la transmisión de las participaciones sociales, se podría decir que la operación de compraventa ha finalizado. No obstante, existen formalidades adicionales que deben ser llevadas a cabo, que se exponen a continuación:

### C. ACCIONES POSTERIORES

<b>Elevación a público del contrato de compraventa</b>	<p>De acuerdo con el art. 106 LSC, <i>“la transmisión de las participaciones sociales deberá constar en documento público”</i>. Por lo tanto, será obligatoria la elevación a escritura pública de la transmisión. Añade el mismo artículo que el adquirente, en este caso, ABC y XYZ, podrán ejercer los derechos de socio frente a HP desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión.</p>
<b>Modificación del Libro registro de socios</b>	<p>El art. 104 LSC, HP deberá llevar un Libro registro de socios en el que <i>“se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales”</i>. En cumplimiento de este precepto, será obligatorio incluir en dicho Libro registro de socios la transmisión de las participaciones, señalando a ABC y XYZ como socios de la sociedad.</p>

<b>Eliminación de la unipersonalidad de HP</b>	Puesto que HP dejaría de ser una sociedad limitada unipersonal, en virtud del art. 13 LSC, sería necesario señalar la pérdida de tal condición a través de escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil de Málaga, expresando la identidad de ABC y XYZ como nuevos socios.
<b>Presentación Modelo D-1A</b>	Finalmente, ABC, como sociedad extranjera, debería presentar el Modelo D-1A por el cual se expresan aquellas inversiones realizadas por extranjeros en sociedades no cotizadas como resulta ser HP.

En conclusión, para llevar a cabo la operación de Compraventa, resulta indispensable que la misma sea autorizada por la CNMC debido a su carácter de operación concentrada. Una vez obtenida la autorización, nosotros como asesores, podríamos realizar los trámites que se han expuesto en esta cuestión, acompañando al cliente en todo momento, de forma que se logre el acuerdo que más se ajuste a sus necesidades e intereses.

#### **4. Pacto de socios. Acuerdos a recoger teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital.**

En primer lugar, y antes de analizar la conveniencia de la utilización en el presente caso de los pactos de socios, también conocidos como pactos parasociales, resulta conveniente aportar una explicación global de este concepto, pues carecen de regulación en el ordenamiento jurídico. Es esta falta de regulación la que determina que, en lo a que su naturaleza se refiere, tengan la consideración de atípicos.

Así, en palabras de Paz-Ares recogidas en su artículo “El *enforcement* de los pactos parasociales”, estos pactos son “*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*”. La jurisprudencia, por su parte, ha definido los pactos parasociales como “*aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos*”, expresión recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo número 120, de 20 de febrero de 2020, en relación a las sentencias de esta misma sala números 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de mayo.

En la misma línea, el art. 28 LSC, sobre la autonomía de la voluntad, señala que “*En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo número 128, de 6 de marzo de 2009, recuerda que “*Los pactos parasociales [...] son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad*”. Debemos, entonces, traer a colación el art. 1.255 del Código Civil (en adelante, “CC”), al tratarse de la referencia al principio de autonomía de la voluntad en el tráfico jurídico, que establece que “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”. Asimismo, señala el Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia número 128/2009, que tampoco serán oponibles, generalmente, aquellos pactos que contradigan los acuerdos sociales, los estatutos o la escritura de constitución, puesto que “*la sociedad sigue teniendo personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios*”, razón por la que la naturaleza del pacto seguiría siendo estrictamente contractual.

En segundo lugar, en cuanto a la forma que deben adoptar estos pactos, en principio, resulta de aplicación el art. 1278 CC, es decir, la libertad de forma, y *“serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*. Este último inciso hace referencia al art. 1261 CC, que señala como elementos esenciales de un contrato la concurrencia en ellos de consentimiento, objeto y causa. Volviendo a la forma, su otorgamiento en escritura pública es opcional, aunque la falta de inscripción en el Registro Mercantil supone la falta de oponibilidad frente a terceros, lo que nos traslada a la siguiente característica.

En tercer y último lugar, es necesario recalcar que los pactos parasociales tienen fuerza de ley (art. 1091 CC), pero únicamente son vinculantes intra partes por el principio de relatividad de los contratos recogido en el art. 1257 CC, no siendo por tanto, oponible frente a la sociedad o frente a un tercero si estos pactos no son trasladados a los estatutos sociales de la sociedad (art. 29 LSC). En consecuencia, en caso de suscribir algún pacto, si se desea que estos tengan eficacia frente a HP y/o frente a terceros, deberán ser plasmados en los estatutos sociales de la sociedad, y dicha modificación de los mismos deberá, posteriormente, ser inscrita en el Registro Mercantil para ser dotada de publicidad registral.

Una vez analizado el concepto, y conocidos los límites que se le imponen, se procede a la resolución de la cuestión planteada sobre la posibilidad de suscribir un pacto de socios entre ABC y XYZ y los acuerdos que serían recomendables recoger en el mismo.

Por un lado, el fin de estos pactos es regular aquellos aspectos relativos a la actividad, organización y funcionamiento de la sociedad que no han sido regulados por los estatutos sociales, así como las relaciones existentes entre los Socios. Por lo tanto, si existen cuestiones que los Socios quieren regular con el objetivo de plasmar ciertos aspectos de su relación societaria en un contrato, con el fin de establecer cierto equilibrio y aportar seguridad jurídica a las partes, sí resulta conveniente la suscripción de un pacto de socios. A modo de peculiaridad, cabe añadir que, puesto que ABC y XYZ serán titulares del 100% del capital social y el pacto sería suscrito por ambas, estos acuerdos adoptan la denominación de acuerdos omnilaterales.

Por otro lado, en relación a los acuerdos que debería recoger el pacto de socios, es necesario tomar en consideración dos circunstancias: i) la distribución del capital social que resultaría tras la Compraventa, el cual dejaría a XYZ en gran desventaja frente a ABC en la toma de

decisiones; y ii) las modificaciones que quieren introducir los Socios en HP una vez que esta haya sido adquirida por ellos.

Siguiendo el esquema proporcionado por Paz-Ares, los acuerdos que se pueden recoger por medio de pactos sociales pueden agruparse en tres categorías: los pactos de relación, los de atribución y los de organización.

- **Pactos de relación:** estos pactos son neutrales frente a la sociedad ya que esta última no se verá afectada por los mismos, y dependen únicamente de la voluntad de los Socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa, sin intervención de la sociedad. Entre ellos, los más relevantes que pueden resultar de aplicación al caso concreto son los siguientes:

1. Derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales de HP.

En previsión de la posibilidad de que alguno de los Socios desee vender sus participaciones sociales, es muy habitual la inclusión de un derecho de adquisición preferente a favor del otro socio para que este pueda adquirir, con preferencia frente a terceros ajenos a HP - de ahí su nombre - las participaciones sociales que van a ser vendidas por el otro socio. El fin de este derecho es proteger el carácter más personalista de las sociedades limitadas, en comparación a las sociedades anónimas.

2. Derecho de *Tag along* (Derecho de acompañamiento).

Teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital social de HP, resulta muy conveniente para XYZ, como socio minoritario, la inclusión en un pacto de un derecho *Tag along*. Este derecho está dirigido a proteger a los socios minoritarios ya que le permitiría ofrecer a un tercero que realice una oferta de compra de sus participaciones a ABC, la posibilidad de vender sus participaciones en las mismas condiciones y términos que la oferta que había realizado el tercero. De este modo, el comprador adquirirá el número de participaciones que deseaba, pero pudiendo pertenecer estas tanto a ABC como a XYZ. El *Tag along* podría resultar de gran utilidad si se diera un cambio de control de HP, ya que facilitaría al socio minoritario, en este caso, a XYZ, su desvinculación de la misma.

3. Derecho de *Drag along* (Derecho de arrastre).

Puesto que, tal y como se nos ha señalado, nuestro asesoramiento va dirigido a ambos Socios, también consideramos que sería recomendable suscribir un pacto mediante el cual se recoja el derecho de Drag along, en este caso, a favor de ABC. Este derecho, al contrario que el Tag along, va dirigido a proteger al socio mayoritario, y consiste en que, si se diera la circunstancia de que un tercero realizara una oferta de compra de la sociedad por la totalidad del capital social, el socio que tuviera el derecho de arrastre podría obligar a otro socio a vender sus participaciones a dicho tercero, que adquiriría la posición de comprador. De este modo, ABC se aseguraría que XYZ no pudiera negarse y dificultar la venta de las participaciones. En caso de optar por la inclusión de este derecho en un pacto de socios, es obligatorio fijar el periodo de ejercicio del mismo, el precio mínimo por el cual los Socios estarían obligados a vender (bien fijado con anterioridad, bien determinable a través de la aplicación de una fórmula), ofrecer a XYZ la opción de igualar la oferta del tercero y una cláusula de penalización en caso de incumplimiento.

4. Cláusula antidilución.

Este pacto resulta de gran relevancia, especialmente para XYZ por ostentar la posición de socio minoritario. Mediante este pacto, se podría prohibir una ampliación de capital que tuviera como objetivo disminuir el porcentaje de participación de XYZ en el capital social de HP, de modo que su capacidad en la toma de decisiones se vería aminorada. Cabe mencionar que en el supuesto de que se acordara una ampliación de capital con la intención mencionada, se estaría ante un abuso de derecho de ABC. El abuso de derecho se encuentra prohibido por el art. 7.2 CC, que señala que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Añade el mismo precepto que *“todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*. Por lo tanto, no es necesario probar que la intención de ABC era perjudicar a XYZ, sino que las

circunstancias en las que se realizaría la ampliación ya podrían dar lugar a considerar la operación en abuso de derecho, y por lo tanto, calificarla como nula.

- **Pactos de atribución:** en este tipo de pactos se recogen obligaciones que persiguen proteger a la propia sociedad. En el caso concreto, el pacto parasocial que se podría suscribir es el siguiente.

1. Pacto de no competencia contractual y postcontractual.

Mediante este pacto, se puede prohibir a los Socios que realicen cualquier actividad, asesoramiento o que los mismos se dediquen a actividades que puedan suponer una competencia para HP. Esta competencia puede traducirse en poseer la titularidad o en tener interés, de forma directa como indirecta, en cualquier sociedad cuya actividad económica suponga una competencia para con HP.

- **Pactos de organización:** a través de ellos, los Socios podrían regular la organización, el funcionamiento y la toma de decisiones de la sociedad. Entre ellos, los más relevantes que pueden resultar de aplicación al caso concreto son los siguientes:

1. Pacto sobre la gestión de HP.

Uno de los motivos principales por los que ABC desea llevar a cabo la Compraventa es la gran experiencia que tiene XYZ en la gestión de los activos gestionados por HP. Es por ello por lo que, como compensación del derecho de veto que poseerá XYZ, del cual se hablará más adelante, ABC quiere asegurarse de que XYZ se encargará del día a día de la gestión de HP. Esto es posible determinarlo a través de un pacto que contenga una disposición por la cual XYZ se haga responsable de la gestión ordinaria de HP .

2. Pactos sobre quórum reforzado para la adopción de determinados acuerdos en la Junta General de Socios.

El art. 200.1 LSC señala que *“Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad”*. Teniendo en cuenta el límite establecido en esta normativa, los Socios están autorizados para

introducir en sus estatutos sociales pactos que exijan un determinado quórum de asistencia o de voto para la adopción de ciertos acuerdos, sin llegar a la unanimidad. El caso concreto, en el que ABC cuenta con el 90% del capital social, implica que lo aconsejable para lograr cierto equilibrio entre los Socios sería imponer una mayoría de, al menos, el 91% de los votos para que ABC tuviera que contar con la aprobación de XYZ en la toma de todas o algunas decisiones de la Junta General.

No obstante, el art. 200 LSC prohíbe la exigencia de unanimidad para la adopción de todos o algunos asuntos determinados. A pesar de que el 91% de los votos no supondría una exigencia de la totalidad de los votos, la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 1991<sup>4</sup> señala que esta prohibición alcanza tanto a la exigencia de que el acuerdo sea unánime, como a la exigencia de que el acuerdo se adopte en junta con el voto favorable de todos los Socios, lo que ocurriría en el caso de exigir el voto favorable del 91% de los Socios para la adopción de acuerdos. Además, la exigencia de esta mayoría podría traer consigo una situación de bloqueo, lo que de conformidad con el art. 363.1.d LSC, se trataría de una causa de disolución de HP *“por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento”*. En conclusión, la suscripción de este pacto quedaría descartado.

### 3. Derecho de veto.

Puesto que ABC adquirirá el 90% del capital social de HP, quedando XYZ únicamente con el 10% restante, esta última desea poder participar en la toma de decisiones en HP en relación a determinadas materias de especial relevancia, como por ejemplo, la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad, o de los contratos con los Socios. Para ello, sería necesario suscribir un pacto por el cual se requiriera que sea necesario el voto a favor de XYZ en dichas materias. De este modo, se ofrecería un derecho de veto a XYZ en la adopción de decisiones de ciertas materias que no podrán ser acordadas sin su conformidad.

---

<sup>4</sup> Res. DGRN, de 15 de abril de 1991. RJ 1991/3158.

#### 4. Nombramiento de los Consejeros de Administración.

Tal y como se nos ha informado, tras la Compraventa, HP pasará a estar administrada por un Consejo de Administración formado por 3 consejeros, siendo dos de ellos nombrados por ABC y el restante por XYZ. Para que el nombramiento de los administradores pueda realizarse siguiendo este régimen de votación, será necesario plasmar el derecho que tiene ABC a nombrar a 2 administradores y XYZ a nombrar al administrador restante, de modo que el nombramiento no se realice mediante una votación ordinaria de la Junta General, lo que daría lugar a que ABC pudiera elegir a los 3 administradores de HP. A modo de recordatorio, si los administradores nombrados por los Socios fueran extranjeros, estos deberían obtener un N.I.E. español para poder representar a HP en sus operaciones en España.

En suma, los pactos sociales que se proponen tienen como objetivo la consecución de los objetivos de los Socios para regular su relación para con la Sociedad y entre ellos, logrando una posición de equilibrio entre ambos, y previendo situaciones que pudieran dar lugar a conflictos en el futuro. De este modo, quedarían regulados ciertos aspectos que no han sido recogidos en los estatutos sociales, pero que por su trascendencia en la actividad ordinaria de HP, sería recomendable establecer de forma previa al inicio de las actividad mercantil.

## 5. Traslado del pacto de socios a los estatutos sociales, ¿es recomendable?.

### Estructuración del derecho del nombramiento de administradores.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, el art. 29 LSC establece que la eficacia de los pactos, mientras estos no sean trasladados a los estatutos sociales de la sociedad, queda limitada a las partes firmantes de los mismos al señalar que *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. Es por este motivo por lo que si se desea que estos pactos sean oponibles, no sólo a la sociedad, sino también a terceros, deberán ser dotados de publicidad registral a través de su incorporación en los estatutos sociales.

La conveniencia de trasladar a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados dependerá de la voluntad de los Socios, en función de su deseo de que terceros conozcan de la existencia de dichos pactos. En el caso concreto, y teniendo en cuenta los pactos que se han propuesto en la cuestión anterior, no se considera que exista ningún acuerdo que, de ser trasladado a los estatutos sociales de HP, pudiera suponer un perjuicio para los Socios. De hecho, es claramente aconsejable que pactos como el derecho de veto sea integrado en los estatutos sociales para que pueda desplegar efectos en las sesiones de la Junta General.

En lo que al pacto sobre el derecho de nombramiento de los administradores y su acceso al Registro Mercantil se refiere, será necesario sobrepasar la problemática que se plantea por un lado, con los requisitos exigidos para la publicación de ciertos acuerdos en el Registro Mercantil, y por otro lado, con su compatibilidad con la LSC y el Reglamento del Registro Mercantil.

Así, el art. 191 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, **“RRM”**) establece la prohibición de nombramiento de los administradores por el sistema de representación proporcional. En contraposición a este artículo, el Tribunal Supremo, en su sentencia número, de 6 de marzo de 2009, contradujo lo expuesto en el RRM, señalando que *“la rotundidad del artículo 191 RRM no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa [...]”*.

Siguiendo la dirección establecida por esta jurisprudencia, la reciente resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, “**DGSJFP**”) de 28 de marzo de 2022<sup>5</sup>, se pronunció a favor de la inscripción del derecho de representación proporcional en las sociedades limitadas. Entre los argumentos en los que se basaba el pronunciamiento se encontraba que el art. 243 LSC no establece ninguna prohibición para las sociedades limitadas para optar por el sistema de representación proporcional, no siendo incompatible este precepto y la competencia de nombramiento de administradores que ostenta la Junta General en virtud del art. 214 LSC. Esto es, los administradores seguirán siendo nombrados por la Junta General. Añade que el art. 191 RRM no resultaba de aplicación puesto que por jerarquía normativa, el art. 28 LSC, el cual no prohíbe el sistema de representación proporcional en las sociedades limitadas, prevalece. Finalmente, ofrece esta posibilidad del sistema de representación proporcional puesto que salvaguarda los intereses de los socios minoritarios.

En atención a lo expuesto, queda resuelta la problemática planteada. Por lo tanto, no existe ninguna infracción legal en el traslado del derecho a los estatutos sociales de HP, y su posterior inscripción en el Registro Mercantil en el que se encuentre inscrito HP. En consecuencia, el derecho podrá ser inscrito, si bien este deberá cumplir con el requisito de que sea firmado por todos los Socios, es decir, tanto por XYZ como por ABC, obteniendo la consideración de pacto omnilateral.

---

<sup>5</sup> Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.

## 6. Contingencia por IVA. Manifestaciones y garantías.

En el ámbito de las operaciones societarias como las adquisiciones de empresas, resulta muy común que, en el SPA mencionado anteriormente, se adjunte como anexo un documento que recoja una serie de manifestaciones y garantías, comúnmente conocidas por su término en inglés “*Reps & Warranties*” (en adelante, “**R&W**”), por las cuales el vendedor manifiesta el estado y veracidad de la información proporcionada sobre la sociedad que va a ser enajenada. Este documento tiene carácter esencial para el comprador por las consecuencias que pueden derivarse de la falta de tal veracidad y por las complicaciones que pueden surgir a la hora de resolver la problemática surgida.

En el supuesto de que apareciera una contingencia previa a la transmisión de las participaciones sociales, si esta no estuviera cubierta por una R&W, el comprador podrá señalar que desconocía tal circunstancia, pudiendo optar entre desistir el contrato o rebajar el precio del mismo. Además, si el comprador se llegara a ver privado de las participaciones sociales adquiridas en virtud de un derecho anterior a su compra, lo que en derecho español se conoce por el concepto “evicción”, podrá solicitar la rescisión de la compraventa si la evicción provocase la pérdida de una parte de la cosa de tal importancia que, sin ella, el comprador no habría adquirido. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1.486 CC, si el vendedor conocía y ocultó el vicio, el comprador podrá exigir el pago de una indemnización por daños y perjuicios si este optó por la rescisión. Es por ello que resulta de gran importancia la inclusión de R&W en un contrato de compraventa.

En relación al contenido de las R&W, aunque este sufre variaciones en función de las circunstancias de cada operación, suele ser usualmente el siguiente:

1. Capacidad y representación del vendedor o vendedores.
2. Inexistencia de conflictos derivados de la compraventa.
3. Títulos de Propiedad sobre el objeto de compra y venta.
4. Información societaria (constitución, capital social, estatutos sociales).
5. Cuentas anuales de la sociedad.
6. Activos muebles e inmuebles.
7. Obligaciones financieras (contratos de financiación, garantías).
8. Contratos.

9. Situación fiscal.
10. Situación laboral y pensiones.
11. Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial y Elementos Informáticos del Negocio.
12. Protección de datos.
13. Licencias y autorizaciones.
14. Cumplimiento normativo.
15. Normativa Anticorrupción y Sanciones.
16. Litigios.
17. Seguros.
18. Competencia.
19. Gastos de la transacción.
20. Calidad de la Información facilitada.

A través de la introducción en los R&W de una cláusula que señale la existencia de una contingencia fiscal relevante por IVA, introducida en el apartado “situación fiscal”, se podría obtener, por un lado, el reconocimiento por parte del vendedor del conocimiento de la existencia de tal contingencia, convirtiéndose en responsable de la posible falsedad o inexactitud contenida en la cláusula. Por lo tanto, si la Agencia Tributaria hiciera cualquier reclamación al respecto, el responsable de responder por la misma sería el vendedor. Asimismo, el comprador también quedaría advertido de la existencia de dicha contingencia, no pudiendo alegar su desconocimiento en un futuro, siendo este el objetivo del asesor de IESA. En conclusión, lo que se obtiene mediante la inclusión de una cláusula de manifestaciones y garantías es un reparto de riesgos entre comprador y vendedor, es decir, entre IESA como vendedor, y ABC y XYZ como compradores.

Puesto que desconocemos cómo se cubriría tal contingencia – cuál sería la manifestación concreta que prevería el vendedor en sus R&W -, procedemos a presentar una serie de R&W que podrían ser de utilidad para los Socios con el fin de verse cubiertos ante esta contingencia.

Antes de exponer la posible R&W que podría añadir IESA resulta conveniente añadir que no estamos ante una contingencia ordinaria, pues las deudas con la Agencia Tributaria, así como las contraídas con la Seguridad Social, prescriben a los 4 años, comenzando su plazo de prescripción “desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para

*presentar la correspondiente declaración o autoliquidación*”, de acuerdo con el art. 67.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Por lo tanto, la firma del contrato de Compraventa no es óbice para que estos organismos inicien una revisión sobre ejercicios anteriores a la transmisión y exijan la liquidación del IVA. Debido a la existencia de este riesgo, los Socios podrán exigir una serie de garantías. Una vez expuesta la especialidad que atañe esta contingencia, se desarrollan las alternativas aplicables al presente caso.

Una primera opción en cuanto al contenido de las R&W podría ser la inclusión de una obligación de IESA consistente en aportar a los Socios el importe al que asciende la contingencia por IVA detectada - importe que no se nos ha facilitado, por lo que no se puede plasmar en el informe -. Por su parte, los Socios retendrían este importe por el tiempo correspondiente hasta que la contingencia fiscal ya no fuera reclamable por la Agencia Tributaria, es decir, una vez transcurridos 4 años desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación. De este modo, si durante ese periodo de tiempo la Agencia Tributaria se hiciera concedora de este hecho y reclamara el importe a los Socios, estos podrían emplear el dinero aportado por IESA para hacer frente a ese pago.

Una segunda opción en cuanto al contenido de las R&W podría ser la previsión de una disminución en el precio de las participaciones sociales a cambio de la asunción del riesgo por parte de los Socios. Esta alternativa exigiría que tanto IESA como los Socios llegaran a un acuerdo en el importe de la Compraventa, por el cual los Socios estarían dispuestos a asumir el riesgo de tener que hacer frente a la deuda derivada de la contingencia fiscal en un futuro.

Una vez expuestas las posibles previsiones que se podrían incluir en las R&W, se procede a aportar una serie de alternativas que podrían emplearse para cubrir la contingencia fiscal y que, apoyándonos en la amplitud de su uso en el tráfico mercantil en operaciones mercantiles, podríamos considerar que resultan de gran utilidad.

La primera alternativa sería la suscripción de un contrato de seguro, denominado *Warranty & Indemnity Insurance*, que cubriera la responsabilidad de IESA en el supuesto de incumplimiento de las R&W otorgadas por la sociedad en beneficio de ABC y XYZ en relación con la situación de HP en el momento de la firma del SPA. A pesar de que este tipo de seguros puede ser contratado tanto por el vendedor (*seller-side*) como por el comprador (*buyer-side*), consideramos que, si se optara por esta alternativa, la mejor opción para los

Socios sería la suscripción del contrato por ellos mismos, deduciendo el importe de la prima del precio de compraventa. De este modo, los Socios podrían reclamar directamente a la aseguradora el importe derivado de la contingencia, asegurándose de que, a falta de cumplimiento por parte de IESA de las obligaciones contraídas en virtud del SPA, la responsabilidad de IESA quedaría cubierta por este seguro. Si, por el contrario, el seguro fuese suscrito por IESA, los Socios deberían reclamar en primer lugar a IESA, quien posteriormente, reclamaría a la aseguradora, por lo que nos encontraríamos ante un procedimiento más largo que el realizado mediante un contrato *buyer-side*.

Puesto que estos seguros pueden llegar a cubrir la totalidad de la responsabilidad del vendedor, es habitual que las pólizas de los mismos excluyan la obligación de pago de la indemnización por parte de la aseguradora en los supuestos en los que se trate de hechos ya conocidos o reflejados en el contrato de compraventa como obligaciones de indemnización específicas. Es por ello que sería necesario contratar un contrato de seguro específico para este tipo de contingencias, conocido como *Tax Insurance Liability* (Seguro de Responsabilidad Fiscal), el cual protege ante contingencias fiscales conocidas en el marco de una operación SPA. El seguro de responsabilidad fiscal puede reembolsar a un asegurado los impuestos, intereses, sanciones y los costes de impugnación o defensa de una o varias posiciones fiscales cubiertas.

La segunda alternativa posible podría ser la suscripción de un contrato conocido como aval bancario a primer requerimiento a través del cual IESA se obligaría frente a los Socios a satisfacer la obligación garantizada cuando estos se la reclamen. El Tribunal Supremo, en su sentencia número 217, de 5 de abril de 2019, interpreta esta figura como “*una garantía de un contrato principal, cuyos términos han dado lugar a un conflicto sobre el alcance y eficacia del mismo*”. El principal objetivo de este aval a primer requerimiento es conseguir la indemnidad de los Socios frente al incumplimiento de IESA de su obligación contractual. A través de esta figura, el garante asume la obligación de indemnizar a los Socios desde el mismo momento en que sea requerido por los mismos, no pudiendo oponer excepciones. Aunque mediante esta alternativa los Socios verían satisfechos sus intereses, es posible que IESA no estuviera de acuerdo en firmar este tipo de contrato puesto que no sería necesario para los Socios demostrar su incumplimiento, sino que podrían reclamar al garante la deuda de IESA, y automáticamente, debería hacerse efectivo el cumplimiento de la obligación.

A pesar de que las alternativas propuestas podrían ser perfectamente válidas, se ofrece una última alternativa para el supuesto de que las anteriores no pudieran ofrecer las garantías o cumplir las exigencias de ambas partes por las que se lograra su satisfacción. Podría decirse que esta alternativa es una variación de la alternativa propuesta anteriormente en la que se proponía que los Socios retuvieran el importe correspondiente a la contingencia hasta que transcurriera el periodo en el que le pudiera ser exigido por la Agencia Tributaria. En este caso, se suscribiría un pacto de *escrow*, mediante el cual la cantidad correspondiente a la contingencia fuese depositada ante un notario público. Puesto que el notario únicamente entregaría el importe cuando se hubieran cumplido las condiciones convenidas en el acta notarial, ambas partes se asegurarían de que no existiría ninguna incidencia en caso de una eventual liquidación del IVA. La suma a retener dependería de la contingencia detectada por el asesor de IESA, a la cual habría que añadir un porcentaje si esta contingencia deriva de un incumplimiento normativo, puesto que los intereses y un importe por una sanción serían exigidos.

Tras una valoración de las alternativas expuestas, entendemos que la mejor alternativa sería la suscripción de un pacto de *escrow* puesto que podría satisfacer las necesidades de ambas partes, evitando el abono de una póliza de seguro. Además, el cumplimiento de la obligación quedaría en manos de un tercero, por lo que no podría dar lugar a desconfianzas durante el periodo en el que el dinero estuviera retenido.

## **7. Empleo de caja para pagar el precio de compra: pagar por cuenta de Socios o concesión de préstamo. Posibilidad y alternativas.**

La cuestión que debe plantearse en este caso es el análisis de la posibilidad de que ABC y XYZ hagan uso de los fondos de HP para adquirir la propia HP, bien sea a través del uso directo de los fondos disponibles en caja o través de la concesión de un préstamo a estas.

De conformidad con el art. 143.1 LSC, se consideran negocios prohibidos para una sociedad de responsabilidad limitada la anticipación de fondos, la concesión de créditos o préstamos, la prestación de garantías, así como la prestación de 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”*. Es decir, la LSC prohíbe en el ámbito de las sociedades limitadas, la concesión de préstamos y la prestación de asistencia financiera, entendiendo por tal la anticipación de fondos para adquirir sus propias participaciones o las de la sociedad del grupo mediante el uso del patrimonio de la sociedad.

Lo que persigue el legislador mediante esta prohibición es evitar que la finalidad de la concesión de un préstamo, o la prestación de asistencia financiera a un tercero ajeno a la sociedad, sea la facilitación de la adquisición de las participaciones sociales de la propia sociedad. Es decir, a través de este artículo se intenta evitar, por un lado, que un potencial inversor se financie a cargo del patrimonio social, y por otro lado, que los administradores favorezcan que terceros de su confianza se conviertan en socios. Si esto último ocurriera, la toma de decisiones de la sociedad se vería alterada, ya que los administradores son elegidos por los socios, y no al revés; si los administradores permiten la asistencia financiera a terceros de su confianza para que adquieran las participaciones de la sociedad, estarían eligiendo la persona que ostentará la condición de socio y quien, posteriormente, le elegirá como miembro del órgano de administración.

Esta prohibición se aplica tanto para la adquisición originaria de las participaciones de la sociedad, como para la adquisición derivativa de las mismas, esto es, la que se produce en un momento posterior a la constitución de la sociedad. No obstante, resulta de gran relevancia resaltar que esta prohibición se aplica cuando existe un tercero que va a adquirir las participaciones sociales, no cuando los propios socios adquieren participaciones de su

sociedad. Este dato reviste de gran importancia por lo que se expondrá posteriormente en relación a las alternativas.

Por lo tanto, en respuesta a la pregunta planteada sobre si es posible que ABC y XYZ empleen el dinero que HP posee en caja o que HP les facilite un préstamo a éstas para pagar el precio de Compraventa, la conclusión es que no es posible realizar dicha operación. En caso de incumplimiento de esta prohibición, es decir, si se permitiera la asistencia financiera en una sociedad limitada, la consecuencia sería la nulidad de pleno derecho, no solo de la operación de financiación, sino también de la operación de Compraventa si se probara que dicha Compraventa estaba supeditada a la operación de financiación previamente mencionada.

Puesto que, tal y como se ha expuesto, lo propuesto en el presente caso no es factible, a continuación se ofrece una serie de alternativas para que los Socios puedan adquirir las participaciones de HP de un modo que no pueda encontrarse englobado en las prohibiciones recogidas en el art. 143.1 LSC:

- 1) Abonar la Deuda Socios con el dinero disponible en Reservas.

Mediante esta alternativa, ABC y XYZ solicitarían a HP que amortizara la deuda que ésta posee frente a IESA con los fondos disponibles, de modo que IESA no podría solicitar la capitalización de la deuda en caso de impago, es decir, aceptar que la deuda no va a ser abonada y en contraprestación, solicitar que el importe pendiente que tiene a su favor se convierta en participaciones sociales de HP, y volver a convertirse en socio. Además, el importe total a abonar por ABC y XYZ se reduciría en 100 millones, proporción importante del importe total de Compraventa si tenemos en cuenta que el capital social de HP es únicamente 1 millón de euros.

- 2) Establecimiento de dos hitos de pago.

ABC y XYZ podrían solicitar a IESA que el pago del importe de la Compraventa sea realizado en 2 tramos. De este modo, el primer hito de pago del importe de la Compraventa sería abonado por los fondos propios de los Socios, lo que, de acuerdo con lo que se nos ha

comunicado, es posible realizar ya que estos cuentan con fondos suficientes. Una vez abonado este importe, ABC y XYZ se convertirían en socios de HP.

Para el abono del importe restante, entraría en juego la política del reparto de dividendos. Se nos ha informado de que HP no acepta distribuir los fondos que posee en caja como dividendo con carácter previo a la Compraventa por motivos fiscales. No obstante, esto no implica que exista una política de no reparto de dividendos en HP. Para el caso de que así fuera, los *ya* socios de HP podrían establecer la política de reparto de dividendos, y a través del dinero percibido, hacer frente al pago del segundo hito. De este modo, ABC y XYZ podrían hacer uso de los fondos de HP para la adquisición de las participaciones sociales, y puesto que ya no serían terceros, no se consideraría que se está produciendo la prohibición de la asistencia financiera.

### 3) Solicitud de un préstamo a una entidad bancaria.

En este caso, ABC y XYZ deberían solicitar un préstamo a una entidad bancaria que no incluyera penalización en el caso de producirse una amortización anticipada, para abonar el dinero de la Compraventa y convertirse en socios de HP.

Al igual que en la alternativa anterior, mediante la introducción o mantenimiento de la política de reparto de dividendos si la hubiera, los Socios podrían obtener los fondos de HP de un modo totalmente legal y amortizar el capital del préstamo solicitado a través del dinero percibido en concepto de dividendos, o directamente mediante el uso de los fondos que HP posee en caja.

Además, a nivel fiscal, conviene destacar que los intereses devengados del préstamo pueden ser considerados gastos financieros fiscalmente deducibles. En esta línea, el Tribunal Supremo, en su sentencia número 3.200, de 26 de julio de 2022, sobre un préstamo solicitado por la sociedad recurrente, destinado al reparto de dividendos y a la adquisición de participaciones propias para su amortización en el marco de una operación realizada con la finalidad de proporcionar una restitución de aportaciones a los socios, estimó que *“los gastos financieros devengados por el referido préstamo están relacionados de forma directa e inmediata con el ejercicio de la actividad empresarial de la sociedad, aunque no lo sea con determinado ingreso, y son deducibles a efectos de determinar la base imponible del*

*Impuesto sobre Sociedades, dado que cumplen con los requisitos generales de deducibilidad del gasto, esto es, inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, y justificación documental*". Por lo tanto, es posible incluir los intereses del préstamo como gastos financieros para la liquidación del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, "IS").

Tras una valoración de todas las alternativas expuestas, y teniendo en cuenta que con la última alternativa los Socios no harían uso de sus fondos propios en ningún momento y que fiscalmente, HP podría salir beneficiada, la 3ª alternativa sería la mejor solución a la cuestión planteada.

## **8. Traslado de domicilio social y revocación de poderes, otorgando unos nuevos. Órganos. Documentación, formalidades y responsables.**

Se nos ha informado de que entre otras cuestiones, está previsto que HP, sociedad domiciliada en Málaga, traslade su domicilio social a Madrid. De acuerdo con el art. 9.1 LSC, el domicilio social es el *“lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”*. A nivel societario, el traslado de domicilio social implicaría una modificación de los estatutos sociales de HP, ya que esta información viene recogida en el articulado de los estatutos sociales. A pesar de que, tal y como señala el art. 285.1 LSC, la decisión y acuerdo de la modificación de los estatutos sociales es competencia de la Junta General, el mismo artículo en su apartado 2, señala que el órgano competente para el cambio de domicilio social dentro del territorio nacional será el órgano de administración, salvo disposición contraria en los estatutos sociales.

En consecuencia, las personas que hayan sido nombradas como administradores de HP deberán redactar el texto íntegro de la modificación que proponen y convocar a la Junta General, expresando con claridad en la convocatoria los puntos que se pretenden modificar y haciendo constar el derecho que tienen todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

Al tratarse de una sociedad limitada, la adopción de este acuerdo requiere una mayoría reforzada (art. 199 LSC), es decir, el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Una vez acordada la modificación de los estatutos sociales, se deberá consignar en escritura pública ante notario y cumplimentar el modelo 600 por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, señalando que este trámite se encuentra exento. Finalmente, una vez se obtenga la escritura de cambio de domicilio otorgada ante el notario y el comprobante del Modelo 600, se deberá dar traslado al Registro Mercantil de Madrid, por ser el lugar elegido para el cambio de domicilio social, para que se proceda a la inscripción de la nueva redacción del artículo modificado. De oficio, de forma telemática y sin coste alguno para la sociedad, el registrador mercantil remitirá el acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil de Madrid, se hará constar esta información en los demás Registros por medio de notas marginales. Si además del domicilio social se quisiera cambiar el domicilio fiscal, habría que presentar ante la Agencia Tributaria el Modelo 036 para la declaración censal de alta, modificación y baja en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores, indicando la modificación del domicilio fiscal.

En relación a los poderes, de acuerdo con el Consejo General del Notariado, estos son un documento público autorizado por un notario que permite a una persona o empresa designar a otra como su representante para que actúe en su nombre en determinados actos jurídicos. En el presente caso, se entiende que el poderdante es el administrador único de HP, y por lo tanto, sería quien deba revocar el un poder general otorgado para poder otorgar nuevos poderes.

Salvo que se indique lo contrario, los poderes tienen una duración indefinida, por lo que si se desea revocar el poder otorgado, será necesario que quien lo haya otorgado, es decir, el administrador único de HP, otorgue un documento notarial por el cual se deje sin efecto el poder general concedido al apoderado. Esta revocación de poder debe ponerse en conocimiento del apoderado, quien deberá proceder a la devolución del documento del poder, de modo que ya no pueda celebrar actos o negocios jurídicos en nombre y representación de HP. Este requisito es de gran relevancia, ya que si no se notifica apoderado la revocación de su poder, cualquier negocio jurídico que este pudiera llevar a cabo en nombre y representación de HP tendría plena eficacia.

Para el otorgamiento de un nuevo poder general, será necesario que el administrador único, o en su caso, el consejero delegado designado al efecto por los administradores nombrados por ABC y XYZ, otorgue los poderes ante notario. A la hora de otorgar el poder general, el consejero delegado no debe olvidar sus deberes de diligencia, de lealtad y de evitar situaciones de conflicto de interés. Por lo tanto, deberá actuar dando prioridad al interés de HP, obrando de buena fe y adoptando las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Para que el poder tenga plena eficacia, el consejero delegado deberá comparecer ante notario señalando que interviene en representación de HP y que en virtud de escritura pública por la cual se le confirieron las facultades propias de un consejero delegado, actúa como tal y otorga los poderes generales.

Conviene resaltar que puesto que ABC es una sociedad extranjera, es previsible que los administradores que sean nombrados por la misma sean asimismo extranjeros. En este caso, sería necesario que estos hayan obtenido, con anterioridad al otorgamiento del poder, un NIE para poder comparecer ante notario.

A modo de resumen, podríamos señalar que la adopción de ambos acuerdos corresponderá a los administradores de HP, debiendo en cualquier caso, actuar de acuerdo con los intereses de la sociedad, evitando posibles situaciones de conflicto de interés. En cuanto a las particularidades de cada acto, estos deberán documentarse y formalizarse en la forma señalada para cada uno de ellos.

## **9. Refinanciación de la compañía y repago anticipado de la totalidad de la deuda (Deuda Bancos y Deuda Socios). Posibilidad y procedimiento.**

Tal y como se desprende del supuesto de hecho, la intención de ABC y XYZ tras adquirir el capital social de HP, es refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente, es decir, tanto la Deuda con los Bancos, como la Deuda con Socios. Puesto que se trata de deudas diferentes, lo idóneo sería analizar cada una por separado.

Respecto a la primera, esta tiene su origen en una deuda que HP tiene frente al Banco Español, S.A. (en adelante, “**BE**”) por un importe de 400 millones de euros. Para analizar una posible refinanciación y repago anticipado de la deuda, lo más conveniente sería conocer cuáles son las condiciones que se establecieron en el contrato de préstamo suscrito entre HP y BE. Puesto que no se nos ha facilitado tal documento, aunque sí se nos ha advertido de la presencia de ciertas cláusulas, se plantean una serie de hipótesis sobre lo que se ha podido recoger en el mismo y cómo ABC y XYZ podrían proceder con sus intenciones.

En primer lugar, se nos ha comunicado que entre el clausulado del contrato de préstamo se encuentra una cláusula de cambio de control. Esta cláusula tiene su origen en la confianza mutua en la que se basa la relación contractual, por lo que, si la persona de una de las partes cambia, dicha confianza desaparece. De acuerdo con el art. 42 del Código de Comercio, se presume que existe control cuando una sociedad, calificada como dominante, se encuentra en relación con otra sociedad, denominada dependiente, en alguna de las situaciones expuestas en el artículo, entre la que se encuentra la posesión de la mayoría de los derechos de voto. Por lo tanto, en el presente caso, en el que el socio único, IESA, transferirá todas sus participaciones sociales a otras sociedades, y en concreto, a ABC, que poseerá el 90% de las mismas, existe un cambio de control, implicando que HP sufrirá, de manera directa o indirecta, una variación en la distribución de su capital social.

Cuando este cambio de control se produce, y para el caso que nos ocupa, es posible que se haya estipulado, bien la capacidad del banco para solicitar la resolución anticipada del contrato, e incluso, la reclamación de una indemnización, o bien, la necesidad de exigir el consentimiento expreso de la contraparte para que ABC y XYZ se subroguen en la posición de IESA como deudor.

Por otro lado, el hecho de que ABC y XYZ quieran repagar anticipadamente toda la deuda implica que la Deuda Bancos no ha llegado a su vencimiento, y por lo tanto, se produciría una amortización anticipada. Puesto que la Deuda Socios tiene como fecha de vencimiento el 1 de enero de 2030, esta circunstancia de amortización anticipada también se produciría, por lo que conviene analizar esta cuestión de forma unificada más adelante.

Tal y como se ha mencionado, HP tiene una Deuda Socios por importe de 100 millones de euros en favor de IESA por el préstamo participativo que esta última ha concedido a HP. El concepto de préstamo participativo se encuentra regulado en el art. 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. La característica principal que diferencia a este tipo de préstamos frente a otros es que *“La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria”*, pudiendo acordar, además, un tipo de interés fijo independiente a la evolución de la actividad empresarial.

El propio art. 20 del Real Decreto mencionado, señala en su apartado 1.b) que las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. No obstante, añade que *“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”*. Es decir, ABC y XYZ solo podrán realizar una amortización anticipada si se realiza una aportación a los fondos propios de HP por la misma cuantía que se amortiza. Este requisito obedece a que, tal y como señala el apartado c) del mismo precepto, los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes, por lo tanto, el legislador trata de proteger a aquellos acreedores que no teniendo consideración de participativo, tienen un derecho preferente de ver compensado su crédito con anterioridad al los acreedores participativos en aquellos casos de disolución de la sociedad.

La ampliación de los fondos propios de HP puede realizarse mediante un aumento del capital social por aportación dineraria, por compensación de créditos o con cargo a beneficios o a reservas de libre disposición, mediante una aportación no restituible a la cuenta 118 del Plan General Contable, o mediante la recalificación de reservas disponibles en reservas

indisponibles. Puesto que HP cuenta con 499 millones de euros en Reservas, sería posible recalificar 100 millones de euros de esa cuenta como “reservas indisponibles”, de modo que se cumpla el requisito establecido para poder amortizar anticipadamente el préstamo participativo.

Finalmente, tal y como se ha mencionado previamente, es muy posible que en ambos préstamos se haya previsto una penalización por amortización anticipada. Si esto ocurre, HP debería hacer frente a dicha penalización.

En consecuencia, en el caso de que ABC y XYZ decidieran refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente con los fondos obtenidos del banco alemán, estas deberán hacer frente a: i) una posible resolución anticipada del contrato de préstamo con el banco, ii) una penalización por amortizar anticipadamente las deudas, y iii) la obligación de compensar la amortización con los fondos propios de HP.

## **10. Resolución del contrato de O&M. Órganos responsables de suscribir el nuevo contrato, requisitos. Riesgos.**

Según las indicaciones aportadas, la intención de HP tras la Compraventa es resolver el contrato de Organización y Mantenimiento (en adelante, “O&M”) que mantiene suscrito con la sociedad Operación de Proyectos, S.L. (en adelante, “OP”).

En cuanto a la primera cuestión sobre si es posible sustituir el O&M con OP, lo habitual es que en los contratos se incluya una cláusula de resolución anticipada por la cual se regulan las condiciones que regirá la terminación de la relación contractual antes de su fecha de vencimiento. Puesto que no se nos ha aportado el contrato de O&M, vamos a suponer que el contrato sí contiene dicha cláusula, y analizar qué ocurre en este supuesto.

Las cláusulas de resolución anticipada contienen una serie de causas por las que el contrato puede ser resuelto anticipadamente, entre las que se encuentra la terminación por llegar a su vencimiento, el incumplimiento de alguna de las obligaciones o la decisión unilateral de alguna de las partes para que estas puedan, en cualquier momento, resolver el contrato. En previsión de estas circunstancias, y con el fin de evitar que una de las partes se vea en situación de indefensión, se suele exigir un plazo de preaviso de terminación del contrato a la otra parte, una indemnización - que resultará de lo pactado entre las partes - que deberá abonar la parte que desea resolver el contrato de forma anticipada, así como la devolución de las garantías prestadas por el operador y mantenedor, si se hubieran prestado.

En el presente caso, y teniendo en cuenta que OP presta servicios en exclusiva a HP, HP debería abonar a OP una indemnización adicional derivada del lucro cesante por esa dedicación en exclusiva a HP, independientemente de que se pruebe que dicho lucro cesante se ha producido. A este respecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia número 318, de 24 de mayo de 2012, señaló que *“en ocasiones el "lucro cesante" no necesita ser probado porque claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato”*. Además, admitió *“el deber de indemnizar por el simple incumplimiento en los supuestos en que este último determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del incumplimiento o se trata de daños patentes”*.

Por lo tanto, a pesar de la indemnización que HP debería pagar a OP, HP sí puede resolver el contrato de O&M que tiene suscrito con dicha sociedad.

En cuanto al órgano que debería aprobar la suscripción del nuevo contrato y los riesgos derivados del mismo, lo primero a analizar en el presente caso es con quién va a suscribir HP el nuevo contrato de O&M, pues tal y como se nos ha informado, este contrato se suscribiría con una sociedad del grupo ABC. Puesto que tras la Compraventa, el 90% del capital social de HP pasaría a ser titular de ABC, HP pasaría a formar parte del grupo ABC. Por lo tanto, el contrato de O&M quedaría suscrito entre sociedades del mismo grupo, lo que sería considerada una operación vinculada o intragrupo.

De conformidad con el art. 231bis.1 LSC, *“la aprobación de las operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés corresponderá a la junta general cuando el negocio o transacción en que consista, por su propia naturaleza, esté legalmente reservada a la competencia de este órgano y, en todo caso, cuando el importe o valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea superior al 10 % del activo total de la sociedad”*. Para conocer si esta operación está sujeta a conflicto de interés, es necesario realizar el análisis que se desarrolla a continuación.

Normalmente, el órgano responsable de aprobar estas decisiones es el órgano de administración. Entre las obligaciones de los administradores, se encuentra una serie de obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad entre las que se encuentra la obligación de *“adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”* (art. 228, e) LSC). En particular, este deber obliga al administrador a abstenerse de llevar a cabo ciertos actos, como realizar transacciones extraordinarias con la sociedad, hacer uso de los activos sociales y aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad. El art. 229.2 LSC señala que dichas obligaciones también serán de aplicación en el caso de que el beneficio de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

Asimismo, el art. 229.3 LSC obliga al administrador único a comunicar a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que él o una persona vinculada al mismo pudiera tener con el interés de HP.

Para conocer qué persona tiene la consideración de “vinculada” al administrador es necesario acudir al art. 231 LSC. Entre ellos, se encuentran las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios. Por lo tanto, se podría entender que el hecho de suscribir un contrato con

una sociedad del grupo ABC supone, por un lado, que nos encontramos ante una sociedad sujeta a conflicto de interés, y por otro lado, que la decisión de aprobar la suscripción del nuevo contrato corresponderá a la junta general cuando el negocio o transacción en que consista, por su propia naturaleza, esté legalmente reservada a la competencia de este órgano, o cuando el importe o valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea superior al 10 % del activo total de la sociedad. Desconocemos si el importe mencionado es superior al 10% del activo total de la sociedad, pero sí se nos ha informado de que las condiciones del nuevo contrato serán más onerosas que el contrato anterior.

No obstante, de conformidad con el art. 231bis.3 LSC, la aprobación de operaciones que celebre la sociedad con otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés *“podrá ser delegada por el órgano de administración en órganos delegados o en miembros de la alta dirección siempre y cuando se trate de operaciones celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial, entre las que se incluirán las que resultan de la ejecución de un acuerdo o contrato marco, y concluidas en condiciones de mercado”*. Puesto que se nos ha informado que a pesar del carácter oneroso de la operación, ésta sigue encuadrando dentro de las condiciones de mercado, y que se trata de una operación celebrada en el curso ordinario de la actividad empresarial, sería posible que el órgano de administración delegara la aprobación de la sustitución del contrato O&M en órganos delegados. Para ello, el órgano de administración deberá implantar un procedimiento interno para la evaluación periódica del cumplimiento de los requisitos recogidos en el precepto mencionado.

En base a todo lo expuesto con anterioridad, consideramos que sí sería posible resolver el contrato de O&M que HP tiene suscrito con OP y que lo sustituya por uno nuevo con una sociedad del grupo ABC, pudiendo aprobar la suscripción del nuevo contrato el órgano de administración o un órgano delegado.