

# PROYECTO FIN DE MÁSTER

## INFORME LEGAL DERECHO DE EMPRESA

MUAA 2021/2022



Tutor: Francisco Javier Vasserot González

Máster de Acceso a la Abogacía

Francisco de Borja García Rodríguez

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
ALCANCE DEL INFORME JURÍDICO.....	2
ANTECEDENTES DE HECHO.....	2
INFORME JURÍDICO.....	4
PREGUNTA 1.....	5
PREGUNTA 2.....	14
PREGUNTA 4.....	15
PREGUNTA 5.....	24
PREGUNTA 6.....	25
PREGUNTA 7.....	29
PREGUNTA 8.....	36
PREGUNTA 9.....	39
PREGUNTA 10.....	44

## **INTRODUCCIÓN**

En la cuestión que se nos presenta actuaremos como asesor legal de ABC Capital EU S.A.R.L. y de XYZ, S.L., emitiendo el presente informe jurídico en relación con determinadas cuestiones sobre las alternativas de actuación en la operación societaria que describiremos posteriormente.

Emitimos el informe jurídico, a su solicitud, con el objeto de expresar nuestra opinión jurídica de acuerdo con el Derecho español común en relación con las cuestiones planteadas por ustedes clientes y que se recogen en el punto siguiente sobre alcance del presente informe jurídico.

## **ALCANCE DEL INFORME JURÍDICO - DERECHO ESPAÑOL**

La presente Nota-Informe está limitada a analizar las cuestiones indicadas exclusivamente conforme a Derecho Español Común siguiendo los criterios de aplicación de dicha normativa legal así como la interpretación recogida por la jurisprudencia de los Tribunales de la Jurisdicción española. Por lo tanto, todos los asuntos objeto de la presente Nota-Informe estarán basados puramente en el análisis y revisión de legislación española vigente a esta fecha, quedando bien entendido que, en ningún caso, la presente Nota-Informe se refiere a cuestiones no reguladas por la legislación española común ni podrá interpretarse conforme a un sistema legal que no sea el español común.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

En el presente informe se procede a analizar en calidad de asesor jurídico las cuestiones planteadas por ustedes clientes, ABC Capital EU S.A.R.L. y XYZ, S.L. Para ello, concierne exponer que el asesoramiento buscará como objetivo el equilibrio de intereses, al nosotros estar encargados del asesoramiento conjunto de ambas entidades.

Dicho esto, las primeras cuestiones planteadas, así como la primera parte de nuestro informe irá orientada a organizar y estructurar de la mejor manera posible la operación de

compraventa per se. Dado el organigrama estructural de capital de ABC Capital EU S.A.R.L. donde localizamos a ABC Global Ltd, entidad radicada en Islas Vírgenes Británicas y a su vez al fideicomiso anglosajón radicado en Bermudas, hemos hecho un gran énfasis en los requisitos exigidos por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante **LPBC**), siendo las 3 entidades comentadas anteriormente sujetas de dicha ley tal y como se dispone de su artículo 2. Además de plantear los requisitos requeridos en materia de prevención de blanqueo de capitales, hemos recabado un especial énfasis en los requisitos derivados de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante **LSE**) y de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante **LCNMC**), de donde se desprende una concreta obligación a ustedes clientes fruto de la significativa inversión en el Sector Eléctrico de España, tal y como se expondrá a posteriori. De igual manera, nuestra primera parte contendrá menciones a las obligaciones societarias y registrales de las partes, así como de los requisitos impuestos por el Reglamento UE 2019/452 sobre inversiones extranjeras en territorio de la Unión Europea (concretamente por la inversión en un sector considerado como “insumo fundamental”).

La primera parte finalizará con la debida explicación de la distribución de poderes generales o en su caso especiales a efectos de firmar sin problema alguno la escritura de compraventa bajo la potestad de un notario en territorio Español.

Posteriormente, en lo que nosotros denominamos la segunda parte del informe legal, procederemos a exponer sus cuestiones respecto a la organización de la sociedad resultante de la compraventa, denominada Hidro Power, S.L. (en adelante **H.P.**) En esta parte se comenzará plasmando un contenido de pactos parasociales que tienen como fin establecer el equilibrio deseado en la sociedad resultante, pese a la desequilibrada estructura del capital que ostenta. Nuestro énfasis se orientará sobre todo en la distribución de los órganos sociales, denotando un gran compromiso hacia XYZ respecto de la gestión del activo de explotación, teniendo ustedes una gran experiencia en el sector. Asimismo, dentro del contenido parasocial hemos decidido incluir un compromiso operativo de al menos 5 años por parte de ambas sociedades, estipulando finalmente una serie de pactos de arrastre y acompañamiento para cuando se produzca la desinversión a posteriori (entendiendo nosotros la postura de capital inversión de ABC Capital EU S.A.R.L.).

En esta segunda parte también hemos planteado soluciones a la contingencia de IVA identificada durante la *due diligence* previa, donde planteamos una estrategia en la futura

negociación con Inversiones Españolas, S.A. (anterior titular del capital de HP) en aras de establecer vía “manifestaciones y garantías” una indemnización por la contingencia divisada cubierta a su vez por una aseguradora, donde buscaremos protegernos de potenciales sanciones.

Finalmente, en esta segunda parte solventaremos todas las dudas respecto al traslado del domicilio social a Madrid, así como la revocación de los poderes generales vigentes en la mercantil HP.

Por último, en lo que nosotros categorizamos como tercera parte de este informe, abordaremos todas las cuestiones referentes a la financiación presente y futura de HP, comenzando con la posible financiación de la compraventa utilizando la propia caja de HP. En este concreto caso, en aras de eludir la potencial asistencia financiera prohibida promoveremos algunas alternativas para realizar dicha operación, enfatizando en la posibilidad de realizarlo a través de una *Leveraged Buyout* con la creación de otra sociedad vehículo tal y como se desarrollará en adelante.

En esta tercera parte, se continuará resolviendo sus consultas relativas al plano financiero, donde detallaremos su idea de amortización anticipada de la deuda existente a través de un préstamo con un sindicato bancario alemán. Además de detallar el proceso en sí, daremos algunas recomendaciones relativas al derecho de la competencia que podrían evitarnos potenciales contingencias en el proceso.

Todo ello finalizará con la última cuestión relativa al actual contrato de mantenimiento que ostenta HP con la mercantil O&M, sustituyendo el mismo bajo unas condiciones más beneficiosas con una empresa del grupo ABC, donde detallaremos las posibles contingencias, así como el trámite fiscal a seguir en lo que respecta al impuesto de Sociedades.

Dicho lo anterior, agradecemos su confianza y pasamos a evaluar punto por punto lo expuesto brevemente en este resumen.

## **INFORME JURÍDICO**

Con base en lo expuesto, y con sujeción a las asunciones anteriores y a las cualificaciones indicadas más adelante, somos de la opinión de que, en relación con las consultas planteadas, a fecha de esta Nota-Informe se procede a desarrollar las consultas o preguntas elaboradas por ustedes clientes en un orden cohesivo:

**Puede ABC adquirir participaciones en una sociedad española y, en su caso, qué requisitos/formalismos deberá cumplir? En relación a las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. ¿Qué formalidades deberán cumplir ABZ, XYZ y HP?**

Para comenzar el correcto desarrollo de la presente pregunta conviene exponer y separar por partes cada uno de los requisitos posiblemente exigidos, en aras de lograr una considerable mejora a la hora de su comprensión para ustedes nuestros clientes.

1. Requisitos de inversión en energía como sector regulado.
2. Requisito LPBC
3. Requisito del artículo 106 Real Decreto Legislativo 1/2010 (en adelante **LSC**)
4. Requisito del artículo 174 Real Decreto 1784/1996 en adelante (**RRM**)
5. Requisito del artículo 107 LSC
6. Requisitos del Reglamento UE 2019/452

### **1. Requisito de inversión en energía como sector regulado.**

Respecto de la propia inversión en el mercado energético, es notoriamente conocido que hay dos grandes bloques de actividades en dicho mercado; Las actividades susceptibles de ser liberalizadas bajo el devenir del libre mercado y las actividades que deben permanecer bajo regulación (sobre todo visibles en situaciones donde se busca evitar monopolios). Esta restricción surge del amplio carácter estratégico de los suministros eléctricos y gasistas, que a su vez tienen calificación jurídica de interés general, motivo por el cual existen ciertos mecanismos de control. En nuestro ejercicio procede analizar la compraventa de XYZ S.L. y ABC Capital EU S.A.R.L. sobre Hidro Power S.L., empresa con notoriedad en el sector hidráulico, titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España.

Dicho esto, en lo que concierne al presente caso, existe un específico mecanismo por parte del Regulador Sectorial para la toma de participaciones o acciones de empresas que realicen este tipo de actividades. Se establece en la Disposición Adicional 9ª de la LCNMC.

Lo primero que abstraemos de dicha Disposición Adicional titulada “*toma de participaciones en el sector energético*” es su ámbito de aplicación, donde en el apartado 1º a) observamos que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo conocerá de la toma de participaciones en sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, que ocurran en el mercado de la energía eléctrica. Dicho esto, tras observar que sí sería de aplicación en nuestro caso la presente Disposición Adicional (caso de energía hidráulica), procede analizar el apartado 2º de la citada Disposición Adicional, donde son visible los requisitos que deberán acatar las sociedades adquirentes a la hora de comprar el 100% del capital de Hidro Power S.L.

En el citado apartado, se recoge que deberá comunicarse a la Secretaría de Estado de Energía la adquisición de participaciones en un porcentaje de su capital social que conceda una influencia significativa en su gestión (en este caso el 100% de la mercantil), todo ello en un plazo de 15 días tras la realización de la correspondiente operación, en este caso compraventa.

El desarrollo de dicho procedimiento comenzaría con una comunicación a la Secretaría de Estado de Energía dentro de los 15 días siguientes a realizar la compraventa de H.P., donde ambas mercantiles envueltas en la compraventa (XYZ S.L. y ABC Capital EU S.A.R.L) deberán de indicar entre otras cosas de forma justificada, qué información tiene trascendencia comercial o industrial a efectos de su declaración como Confidencial, sometiéndose a la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre para la tramitación del procedimiento. La resolución deberá adoptarse de forma motivada y notificarse en el plazo máximo de 30 días desde la comunicación. Además, mientras que el Ministerio asuma la competencia, deberá contarse con un informe preceptivo, no vinculante, de la CNMC, que deberá emitirse en un plazo de 10 días, concepto que se expondrá más adelante.

Dada la especial notoriedad de la operación (25% del sector hidráulico), se debe tener en cuenta que, en caso de que se considerase que existe una amenaza real y grave para la garantía de suministro de electricidad se podrán establecer condiciones por la CNMC, como la aparición de obligaciones específicas que se puedan imponer al adquirente para garantizar su cumplimiento en relación con la seguridad frente al riesgo de una inversión en infraestructura eléctrica, así como requisitos de capacidad legal, técnica, económica y financiera de acuerdo

con lo dispuesto en la normativa específica de aplicación (LSE). Dichas condiciones responderán ante el principio de proporcionalidad y de protección del interés general correspondiendo al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital supervisar el cumplimiento de las condiciones que sean impuestas, aunque de nuevo en el actual periodo transitorio corresponderá a la CNMC.

Cabe decir por supuesto, que la falta de comunicación o el incumplimiento de las condiciones u obligaciones establecidas se tipifica por la LSE como infracciones muy graves, llegando a imponerse multas no inferiores a 6.000.001 euros ni superiores a 60.000.000 euros, impuestas en su caso por la CNMC quien ostenta dicha competencia sancionadora, por lo que asesoramos a ustedes clientes extrema precaución de las potenciales obligaciones a imponer, cuyo incumplimiento desencadenaría en multas de una cuantía que afectaría considerablemente la rentabilidad de la inversión.

Para poner el broche a esta consulta de ustedes nuestros clientes, resultaría interesante observar la evolución regulatoria de la toma de participaciones societarias:

- Primero en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) en su artículo 14.5
- Segundo en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE), función decimoquinta del artículo 8 y 14.3
- Tercero en la Ley 34/1998, del 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH) artículo 63.5
- Cuarto en el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la CNE
- Quinto en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) D.F. 33ª.
- Sexta y última en la ya mencionada antes ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, Disposición Adicional 9ª.

En la patente evolución jurisdiccional de este concepto, es de observar que la vía de actuación se abre en aras de fomentar el libre mercado y la desregulación. Un claro ejemplo de ello lo refleja el mismo artículo 14.5 LOSEN comentado anteriormente, donde se exigía la aprobación de la CSEN para todas las participaciones realizadas por sociedades con actividades eléctricas, así como para cualquier transacción económica, en contraposición con la regulación actual, donde tan solo se exige una comunicación (no autorización) al Ministerio



de Industria, Energía y Turismo (aunque la CNMC será la competente hasta que el MINETUR disponga de los medios necesarios tal y como dispone la D.A 3ª LCNMC).

## **2. Requisito LPBC**

En lo que concierne a los posibles requisitos en relación a las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, comenzaremos contextualizando su régimen legal. Para ello, lo primero será echar la vista atrás a la Financial Action Task Force on Money Laundering o, en español, Grupo de Acción Financiera (GAFI). Dicho grupo intergubernamental resultó ser constituido en la cumbre del G-7 de París en 1989 en aras de combatir las adversas consecuencias derivadas de la globalización económica y la delincuencia económica, en especial el blanqueo de capitales. Las recomendaciones de dicho grupo resultaron ser aprobadas en 1990, inspirando las mismas tanto la primera directiva en materia de blanqueo de capitales (Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991), así como la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

En la presente Ley, además de observarse una definición más amplia si cabe que en el Código Penal del concepto del “Blanqueo”, encontramos en su artículo 2.1 los sujetos obligados al cumplimiento de la misma, donde por supuesto se encuentran entre los sujetos de la a) a la i) las entidades de capital riesgo (ABC Capital EU S.A.R.L.) y las sociedades gestoras de instituciones de inversión (ABC Global Ltd.), así como por supuesto X.Y.Z y H.P. Pero, respecto de ABC Trust, el fideicomiso anglosajón, ¿es el mismo considerado sujeto pasivo para la LPBC?

Partiendo de la premisa de que los Trust inter vivos son vehículos de inversión que cada vez más ponen la lupa sobre las oportunidades de inversión en nuestro país, debemos exponer que esa misma figura podría convertirse en un problema real desde el punto de vista de prevención de blanqueo de capitales e incluso en el tratamiento notarial.

El legislador comunitario y nacional, entiende que la figura del fideicomiso anglosajón o Trust es un elemento que puede dificultar la percepción de la titularidad real de la propiedad, dando por ende diversos riesgos para el lavado de dinero. Por ello, efectivamente la LPBC sí identifica a los Trust como sujetos pasivos en su artículo 4 y 4 ter, donde directamente impone

una obligación de identificación hacia los *Trust del Settlor, Trustee y Beneficiaries* entre otras figuras, tal y como es visible en el artículo 4.2 c) a fin de identificar :

*“c) En el caso de los fideicomisos, como el trust anglosajón, tendrán la consideración de titulares reales todas las personas siguientes:*

*1.º El fideicomitente o fideicomitentes.*

*2.º El fiduciario o fiduciarios.*

*3.º El protector o protectores, si los hubiera.*

*4.º Los beneficiarios o, cuando aún estén por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa la estructura jurídica.*

*5.º Cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios”.*

Dicho esto, habiendo comprobado que los 3 mercantiles objetos de estudio son sujetos pasivos (obligados) de la presente LPBC en materia de blanqueo de capitales y habiendo expuesto la obligación de identificación real de las figuras análogas al *Trust*, se procede a continuar el análisis jurídico del resto de requisitos impuesto por esta Ley. Para ello, dividiremos las obligaciones en 2 grupos:

- Obligaciones principales:

- (a) de diligencia debida.

- (b) de información.

- Obligaciones accesorias:

- (c) de autorregulación,

- (d) organizativas y de control

- (e) de formación y protección de los empleados.

A. Respecto de la diligencia debida (due diligence) visible en el artículo 7 de la LPBC se incluyen obligaciones de hacer y no hacer como podría ser; Identificación de las

personas intervinientes en el negocio o en cualquiera operación análoga (art.1), identificar al titular real que posea el control de las personas jurídicas o los bienes del negocio (art. 3), informar sobre el propósito e índole de las diferentes relaciones jurídicas (art. 4), hacer un seguimiento de las relaciones jurídicas (art. 6)...

Además, esta primera obligación que impone la LPBC puede devenir en un sistema de medidas reforzadas en caso de que en el negocio jurídico intervengan sociedades de países que presenten deficiencias estratégicas en sus sistemas de lucha contra el blanqueo de capitales, tal y como dispone el artículo 11 de la presente ley. ¿Qué países forman parte de esta categoría?

Debemos de observar lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 y las actualizadas listas que propone GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) sobre jurisdicciones de alto riesgo por sus deficiencias en la lucha contra el blanqueo de capitales. La situación actual (última actualización de 16/06/2022 queda así: (Registro de Economistas Asesores Financieros, 2022)

### Listado Países de riesgo GAFI

Países de riesgo -GAFI exige aplicación de medidas de diligencia reforzada-	
Corea del Norte (call for action)	
Irán (call for action)	
Albania	
Barbados	
Burkina Faso	
Camboya	
Islas Caimán	
Filipinas	
Gibraltar	17/06/2022
Haití	
Jamaica	
Jordania	Oct 2021
Mali	Oct 2021
Marruecos	
Birmania/ Myanmar	
Nicaragua	
Pakistán	
Panamá	
Senegal	
Sudán del Sur	
Siria	
Turquía	Oct 2021
Uganda	
Emiratos Árabes Unidos	04/03/2022
Yemen	

Por suerte, ninguna de las jurisdicciones del caso en cuestión se encuentra en la lista, por lo que a priori los deberes de diligencia obedecerán tan solo a lo debido en el artículo 7 de la LPBC. Sin embargo, a pesar de lo expuesto, debemos tener en cuenta que las Islas Vírgenes Británicas y Bermudas, tienen consideración de jurisdicciones no cooperativas a efectos de lo dispuesto en el Real Decreto 116/2003, por ser países con baja o nula tributación donde no hay un régimen de transparencia 100% efectivo. Por todo ello, creemos que para evitar potenciales problemas, sí deberían prestar atención a las medidas reforzadas del artículo 11 y ss LPBC.

- B. Respecto de la obligación de información, la misma viene recogida en el capítulo III de la presente Ley. En dicho capítulo encontramos comunicaciones sistemáticas obligadas al SEPBLAC del registro de operaciones sistemáticas desarrollado en el artículo 20 de la LPBC.

Se comentará al respecto de operaciones que, de forma singular sean efectuadas con indicios o certezas de relacionarse con actividades de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, desarrollado en el artículo 18 de la Ley 10/2010. Si en caso de que estos indicios o certezas sean confirmados, el sujeto pasivo quedará obligado a ocultarlo de manera imperativa a su cliente y por supuesto, a comunicarlo al Servicio Ejecutivo de la Comisión y a no ejecutar la operación. En respeto de las actividades comentadas, se logrará la salvaguarda de la exención de responsabilidad tal y como dispone el artículo 23 de la LPBC.

*“La comunicación de buena fe de información a las autoridades competentes con arreglo a la presente Ley por los sujetos obligados o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados, no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad”.*

- C. Respecto de las obligaciones de autorregulación, los sujetos obligados deberán aplicar y aprobar por escrito políticas y ciertos procedimientos en materia de conservación de documentos, gestión de riesgos, control interno, información, diligencia debida...

Toda esta vía procedimental la encontramos en el Capítulo IV de la LPBC, titulado “*Del control interno*”, donde entre otras cosas, el artículo 26.2 dispone que se deberá aprobar por escrito una política de admisión de clientes proporcional al riesgo potencial de los clientes. Todas las obligaciones internas de este capítulo deben de estar contenidas en un manual de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, el cual deberá de estar a disposición del SEPBLAC, que podrá revisarlo y acatar las medidas correctoras oportunas.

D. En lo que concierne a las obligaciones organizativas y de control, los sujetos pasivos de la LPBC deberán a efectos de ejercer el cargo de administración de la sociedad, designar a una persona que represente a la mercantil ante el SEPBLAC. Esa persona será responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas del flujo de información hacia el SEPBLAC, motivo por el cual, en virtud del artículo 26 ter.2) , esa persona tendrá acceso ilimitado a cualquier tipo de información del sujeto pasivo ante la LPBC. Además de dicho representante, se deberá de instaurar un Órgano de Control Interno con representación en cada una de las distintas áreas de negocio tal y como podemos observar en el artículo 26 ter.4). Dicho órgano también responderá de la aplicación de las políticas y procedimientos a los que se refiere el artículo 26 antes comentado.

Cabe concluir dicho subapartado reseñando la STS de 10 de abril de 2014, donde observamos que la extensión de las responsabilidades asumibles por el responsable de la mercantil ante el SEPBLAC y Órgano de Control Interno puede recaer en los directivos y administradores de la sociedad:

*“La extensión de la exigencia de responsabilidad por las infracciones de la normativa reguladora de la prevención del blanqueo de capitales... a los directivos y administradores de la entidad..., se justifica por el deber de controlar, con la diligencia debida, que sus empleados y agentes cumplen las obligaciones de información al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales, procediendo a examinar con especial atención cualquier hecho u operación que, por su naturaleza, puede ser sospechosa de estar relacionada con el blanqueo de capitales, pero también por la necesidad de que los órganos de administración y dirección de la entidad se comprometan activamente a corregir todas aquellas deficiencias que hubieran sido detectadas por los órganos de control interno de prevención del blanqueo de capitales”.*

E. Por último, de forma muy breve, existen obligaciones de formación y protección de empleados. Dicho acto lo observamos en el artículo 29 de la LPBC, donde se dispone que se deberá formar a los empleados en *“cursos específicos de formación permanente orientados a detectar las operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo e instruirles sobre la forma de proceder en tales casos”*.

### **3. Requisito del artículo 106 LSC**

En lo que respecta al requisito inherente del artículo 106 LSC, deberemos concretar algo simple. La compraventa deberá realizarse en escritura pública. A pesar de que la compraventa o transmisión de participaciones es válida sin mediar la misma en escritura pública, es necesario inscribirse para que cause efectos a terceros y se efectúe la publicidad a efectos de oposiciones de terceros acreedores.

### **4. Requisito del artículo 174 RRM**

En lo que respecta al requisito inherente del artículo 174.1 RRM, la ley exige que el cambio de unipersonalidad en una mercantil se haga constar en escritura pública e inscribirse el mismo en el Registro Mercantil. Al ser participaciones sociales, su carácter de acción nominativa exigirá exhibir al Notario el libro-registro de las acciones así como un testimonio notarial del mismo en lo que fuese pertinente. Cabe decir que en la inscripción será necesario identificar al que fuese Socio único (en este caso IESA), así como el acto jurídico que produjo el cambio del carácter unipersonal del socio, junto con su fecha.

### **5. Requisito del artículo 107 LSC**

En lo que respecta al requisito inherente del artículo 107 LSC, debemos de concretar a ustedes clientes que debido al régimen restrictivo en la transmisión de participaciones se requerirá aprobar la compraventa por mayoría ordinaria, identificando el número y característica de las participaciones así como las condiciones, miembros y precios de la compraventa. Sin embargo con la información que ustedes nos han facilitado, sabemos que IESA es socio único de HP por lo que solo bastaría con la intención de IESA en realizar la

operación respetando el contenido estatutario que presente HP, así como las disposiciones legales.

## **6. Requisitos del Reglamento UE 2019/452**

En lo que respecta a requisitos del Reglamento UE 2019/452, cabe destacar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 65.1.b) permite a los Estados Miembros a tomar medidas para la seguridad y salud jurídica de los movimientos de capital entre países Estados Miembros y terceros. Todo ello se ha visto reflejado en el Reglamento UE 2019/452 del Consejo y Parlamento Europeo donde se visualizan las actuaciones para el control de las inversiones en la Unión. En ellas observamos entre otras cosas que se establecen controles a las inversiones situadas en determinados sectores, realizados además por inversores europeos. Por ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1c) del citado Reglamento, entendemos que la operación se considerará sujeto de dicho Reglamento, al tratarse de una inversión en un insumo fundamental como la energía de un inversor no residente ( ABC está participada al 100% por Global entidad que radica en un paraíso fiscal, por lo que puede ser considerada inversor no residente en la UE).

En definitiva, el mecanismo de control presente en el Reglamento en virtud de sus artículo 3 y 6 será de recabar una autorización del Consejo de Ministros, los cuales tendrán 6 meses para resolver sobre la situación. En caso de que se careciera de dicha autorización la operación carecería de validez y efectos jurídicos, y devengará en una multa por infracción muy grave.

**A los efectos de poder comparecer ante notario en España para otorgar la compraventa, ambos Socios han otorgado un poder especial en sus respectivos domicilios. ¿Qué formalidades deberán cumplir dichos poderes para ser admitidos por el notario autorizante de la operación?**

En el presente caso concierne revisar los requisitos de la validez de los poderes especiales en España, tanto a efectos de mercantiles Españolas, como extranjeras teniendo en cuenta que los “Socios” que ejercitaron la compraventa son mercantiles de procedencia Española y Luxemburguesa.

La primera y más sencilla opción de todas sería otorgar la escritura ante un notario español. Dicho acto permitiría garantizar la rapidez y legalidad del poder sin ningún trámite o documento adicional a efectos de su validez en el territorio español.

Como segunda opción, la operación se podría realizar en la oficina consular Española de Luxemburgo, donde bastará ir a la sede consular y otorgar el poder de una forma muy similar de cómo se haría ante notario español. En la web del ministerio de asuntos exteriores, Unión Europea Y Cooperación de forma muy ilustrativa se explica en detalle dicho proceso, el cual requiere como documentación adicional rellenar un concreto formulario.

Como tercera, última y más sensata opción, nos encontramos con la posibilidad para la entidad Luxemburguesa de que, tras haber otorgado un poder especial en su domicilio y por tanto con un notario Luxemburgues, otorgue validez al documento público en territorio español. Para ello serán necesarios 2 requisitos:

- La Apostilla de la Haya: Tiene su origen en el Convenio de La Haya N° XII, de 5 de octubre de 1961, sobre la Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjeros, aunque coloquialmente ha sido conocido como “Convenio de la Apostilla”.

Dicho Convenio al cual se adhirieron cientos de países, logró simplificar la transmisión y reconocimiento de documentos internacionales. En él básicamente se establecía la emisión de un certificado de autenticidad ante la Entidad competente de cada país, que otorgaría validez al documento en todos los estados que se hubieran adherido al convenio. Este certificado es llamado “Apostilla”.

Por último, cabe simplemente mencionar el Reglamento de la UE 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016 que, pese a que lamentablemente no es de uso para nuestro caso (en el artículo 2, donde se limita el ámbito de aplicación del convenio, observamos una lista por materias, donde no se encuentra la representación de una mercantil), establece la convergencia de ciertos mecanismos simplificadores en materia de autenticación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, dando lugar a una exención de forma de legalización o trámite similar a los documentos públicos a los que se aplique el presente el Reglamento y sus copias certificadas.



- Traducción jurada del contenido del poder al español: Consiste como su propio nombre indica en una traducción efectuada por un traductor jurado. En caso de España, deberá ser traductor jurado nombrado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) y la traducción deberá incluir una expresa declaración del traductor jurado donde se verifique que es una traducción fiel. Deberá además de estar sellado con fecha y contener una copia del documento original, que deberá estar sellada con fecha también

**¿Deberían valorar ABC y XYZ la posibilidad de suscribir un pacto de socios y, en su caso, qué acuerdos debería recoger en dicho pacto teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital (asesoramos a ambas entidades, con lo que nuestras recomendaciones deberían ser equilibradas)?**

Para la mayor comprensión de la presente idea concierne primero poner la lupa sobre el concepto de pacto parasocial en nuestro ordenamiento jurídico, en aras de la completa valoración de posibilidades que serán practicadas posteriormente en este apartado así como en la próxima cuestión de ustedes nuestros clientes.

Los pactos parasociales tienen su origen claramente en el Derecho Anglosajón concretamente en los *shareholders agreements*, como mecanismos muy flexibles para modificar o complementar el contenido estatutario de la mercantil entre otras cosas. En España, los pactos parasociales hacen su aparición por primera vez en la Ley 26/2003 o Ley de Transparencia, que modifica la Ley del Mercado de Valores, estableciendo como necesidad el hacer públicos todos los pactos parasociales que afectasen a sociedades cotizadas.

Los pactos parasociales hoy en día representan múltiples ventajas, como la capacidad de permitir a los socios adaptar las regulaciones societarias a sus necesidades de forma ciertamente flexible, más allá de la rigidez de la normativa española articulada a través de la LSC. Como inconveniente principal resaltaremos que no son oponibles a terceros (a priori), aunque más adelante se tratará este tema con una perspectiva más profunda.

Dicho esto, en respuesta a la pregunta que nos concierne en el presente informe jurídico, procede analizar la posibilidad de suscribir un pacto de socios entre ABC y XYZ, valorando el equilibrio en el asesoramiento (ya que representamos a ambas mercantiles) y sobre todo poniendo la lupa sobre la distribución de capital de la sociedad adquirida. El mismo divide su accionariado en 90% propiedad de ABC y 10% XYZ.

Por todo lo expuesto, se procede a individualizar los posibles cauces parasociales entre las mercantiles, no sin antes destacar el contenido preliminar del Pacto Parasocial en su conjunto, donde se deberá incluir:

- Absoluta primacía de lo pactado en la vía parasocial frente a lo dispuesto en estatutos en caso de discrepancia o conflicto entre las mismas, todo ello al menos durante los años que estimamos durará la operación/inversión (entendemos que alrededor de 5 años).
- Prevalecerá el estricto contenido parasocial en caso de dudas interpretativas acerca del mismo por las partes.
- Si a posteriori de la firma del contrato parasocial se aprobase durante la vida del proyecto alguna modificación estatutaria, la misma en ningún caso será considerada una novación objetiva del Pacto Parasocial.
- Alto y férreo compromiso en la actuación de la denominada esfera societaria, de forma independiente del consejo de administración y por ende, de las forma más acorde con lo pactado en el Pacto Parasocial.
- Compromiso de los firmantes del Pacto Parasocial para que las potenciales futuras modificaciones estatutarias se adapten al contenido parasocial.

## **1. Organización de gobierno**

Siendo esta una de las relaciones parasociales más recurrentes, conviene ahondar en la reglamentación de la junta general y el órgano de administración a efectos de solucionar las contingencias análogas a la adopción de acuerdos que se realizarán, comenzando así con la Junta General.

Para satisfacer los intereses de ambos clientes, respecto de la junta general la primera idea a ahondar por ende será la de establecer un pacto que establezca un quórum de voto favorable del 91% sobre ciertas materias reservadas como modificación de los estatutos sociales, políticas salariales, aprobación de planes de negocios anuales... Entendemos que este pacto parasocial sería adecuado para lograr la paridad del ejercicio social de la mercantil pero plantea 2 problemas:

1. Posible contingencia derivada del artículo 200 LSC, pues en el apartado primero del presente artículo se hace alusión a la imposibilidad de reforzar las mayorías hasta la unanimidad. Las resoluciones judiciales que tratan este tema parecen clarificar la ratio legis del artículo derivando que no debe hacerse depender el funcionamiento institucional de la mercantil por la voluntad de todos y cada uno de los socios. Así por ejemplo resaltamos algunas sentencias que defienden esta última idea en desarrollo de la ratio legis; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 1615/2021, de 27 de julio de 2021, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [15ª] de 29 de noviembre de 2019. Sin embargo también planteamos la otra cara de la moneda, pues la DGRN de 19 de enero de 2017, 12 de febrero de 2018 o 29 de marzo de 2017, establecen que serán lícitas las cláusulas estatutarias sobre mayorías que aboquen de facto a la necesidad de la unanimidad. El ejemplo perfecto en nuestro caso de una necesidad de facto hacia la unanimidad sería establecer el 91% de mayoría o el voto de al menos la representación de las 2 sociedades mercantiles socias.

Por todo lo expuesto, la única manera de articular este pacto será por tanto amparándose en el artículo 28 del Texto Refundido (libertad de pacto) o en el mismo Derecho contractual (1258 CC), asumiendo por supuesto que aparentemente parece ser un tema concurrido que trae consigo alta litigiosidad y por supuesto que nos impedirá inscribir dicho pacto en los estatutos sociales, tema que derivará del artículo 29 LSC y se tratará a posteriori en el presente informe.

2. Posible bloqueo societario en caso de fuertes desacuerdos, lo que probablemente nos lleve a buscar un mecanismo de desbloqueo a través del Consejo de Administración por ejemplo.

Por todo lo anterior, parece que intentar establecer una paridad de voto en la Junta General trae consigo ciertos riesgos, por lo que como alternativas parasociales en nuestro informe jurídico destacaremos también la posibilidad de establecer un derecho de veto del socio minoritario a través de pactos de sindicación de voto.

Se procede a comenzar aludiendo directamente a las indicaciones de los clientes, donde se nos ha indicado que interesa en la toma de decisiones, que XYZ disponga de un derecho de veto sobre unas materias de materias de especial relevancia.

Prosiguiendo con la sindicación de voto, dichos pactos son aquellos a través de los cuales los socios establecen respecto de determinadas materias, el sentido del voto. Conviene para su mejor comprensión exponer lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de diciembre de 2009, donde se dispone:

*“Tales pactos tienen validez si bien limitada al ámbito interno del Sindicato y sin que puedan oponerse a la Sociedad, de forma que es válido el voto emitido por un accionista vulnerando el pacto de sindicación, sin perjuicio de las responsabilidades internas en que pudiera haber incurrido por el incumplimiento de lo pactado [...]. El problema surge por tanto cuando, como ocurre en el presente caso, se pretende revestir de carácter societario la regulación del Sindicato, tradicionalmente parasocial, pues dichos pactos examinados por la jurisprudencia tienen naturaleza contractual y no societaria, lo que supone que al pasar a formar parte de las normas de la sociedad deben respetar las leyes y principios por los que se rige la Sociedad Anónima produciéndose en la norma estudiada una clara vulneración del derecho de asistencia y voto, al privar indefinidamente a determinados socios de unos derechos que son esenciales en el ámbito societario. Es por ello, que la doctrina los ha llamado, entre otros nombres, como “gentlemen’s agreements”, en la medida de que carecen de una regulación jurídica dirigida a evitar su incumplimiento”.*

La citada Sentencia nos da una pista clave a la hora de abordar el potencial pacto parasocial de sindicación de voto, sabiendo que el mismo muy difícilmente será oponible a la sociedad, debiendo por ende ser meramente contractual entre XYZ y ABC. En definitiva, dicho potencial pacto se engloba dentro de los supuesto del artículo 29 LSC respecto a la no oponibilidad ante la sociedad y por supuesto, en base al artículo 1.255 del Código Civil ( en adelante CC) como libertad contractual.

Dicho esto, concierne continuar exponiendo cómo va a ser promovido dicho pacto parasocial y con qué fin, recordando que el presente apartado se centra en desarrollar una posible aproximación al refuerzo parasocial en materia de adopción de acuerdos. El objetivo de dicho pacto será favorecer la agilidad y la óptima gestión de la sociedad, dando por supuesto soporte al socio minoritario. Por todo ello, nuestra idea será establecer como sentido del voto:

- Voto en contra respecto de venta del negocio o de activos de un importe significativo en un plazo de 5 años (cláusula Lock-up)
- Voto a favor para la composición de un consejo de administración
- Voto en contra para la disolución de la sociedad.
- Voto a favor de establecer la mediación como mecanismo que prime en caso de potenciales bloqueos societarios (mecanismos ADR)
- Voto a favor de destituir a los administradores que voten a favor de decisiones contrarias del plan de negocios.
- Voto a favor de prohibir la delegación de las facultades del Consejo
- Voto a favor de la promoción del reparto de dividendos y reinversión de beneficios en el desarrollo de la actividad hasta que se realice la desinversión
- Voto a favor de reparto de un 5% del beneficio en aras de cubrir la necesidad de flujo de caja
- Voto a favor de prohibir la competitividad de los socios
- Voto a favor de prohibir aumentos de capital con emisión de nuevas participaciones

Estas materias, así como el resto de pactos reseñados se revestirán con los mecanismos propios para reforzar su cumplimiento, pasando a posteriori al desarrollo de los mismos, siendo fundamentales exponerlos a efectos de informar sobre los efectos coercitivos necesarios en este tipo de pactos parasociales y por supuesto la propia garantía de los mismos:

- a) Acción de cumplimiento, como mecanismos relacionado con la ejecución forzosa, en este caso condenando a hacer o a reemplazar el acuerdo no adoptado por voluntad judicial. Fundando esta acción sobre el artículo 1224 CC concierne destacar que el perjudicado por el incumplimiento podrá elegir entre cumplimiento forzoso de la obligación o por el resarcimiento de daños y abono de intereses. Procede reseñar que

resultaría complicado en la práctica considerar la acción de cumplimiento como una medida prometedora por una mera cuestión temporal, teniendo en cuenta que cuando se incumpla la norma de sindicación de voto, se deberá entrar en un cauce judicial en el que podrían transcurrir meses o años, por lo que en caso de ejercitar la misma, en el potencial proceso judicial convendría solicitar medidas cautelares sin lugar a duda.

- b) Resarcimiento de daños y perjuicios ante un incumplimiento contractual, tomando como base el artículo 1101 CC, teniendo en este caso como problema la cuestión probatoria de la relación de causalidad entre el pacto de socios y el daño ocasionado entre otras cosas. La primera contingencia a solventar en caso de optar por la vía del 1101 CC será (en el ejemplo del pacto de sindicación de voto) en demostrar los daños y perjuicios que pueden devenir ocasionados como consecuencia de no cumplir con lo pactado votando en contra de la sindicación.
  
- c) La acción de remoción o de remover lo mal actuado tomando como base el artículo 1098 del Código Civil. En nuestro ejemplo, votar en contra del pacto parasocial de sindicación llevaría consigo plantear una demanda por incumplimiento contractual, solicitando que se realice una nueva Junta y se acuerde o deje de acordar el acuerdo objeto del pacto.
  
- d) Establecimiento de una cláusula penal como estipulación accesoria a la obligación principal, siendo esta la prestación que la parte se compromete a satisfacer ante el acreedor contractual en caso de incumplimiento de la obligación principal. La regulación de esta genuina idea proviene del artículo 1152 y ss CC y del artículo 56 del Código de Comercio, divisando como características principales de este tipo de cláusulas la aplicación subsidiaria a la obligación principal (art 1155 CC) y la accesoriedad. Como aspectos importantes a resaltar concierne no olvidar que el fin perseguido por esta y todas las cláusulas que hemos citado no es otra que la coerción o presión sobre las partes vinculantes contractualmente y la protección frente al incumplimiento, por lo que convendría fijar un quantum indemnizatorio, logrando así

menos dificultades a efectos probatorios y por supuesto evitar el problema de una cuantificación a posteriori.

Por todo lo expuesto, en remisión al caso en cuestión nuestra idea reside en elaborar dicha cláusula penal como una cláusula sustitutiva al cumplimiento principal, articulando dicha cláusula sobre el artículo 56 del CCo y el artículo 1152 CC facilitando así la posición del socio acreedor ante la prueba de daños y perjuicios, eludiendo la normativa general de la responsabilidad contractual (entendemos que sería posible exigir en la demanda el cumplimiento de la obligación y subsidiariamente el cumplimiento de la pena).

## **2. Administración y Gestión de la sociedad**

Tal y como se emana de la consulta, existen varios intereses compartidos de las mercantiles respecto de la Administración y Gestión de la sociedad. Por un lado se nos comenta claramente que existe intención de que se establezca un consejo de administración formado por 3 consejeros, donde ABC nombre 2 y el restante lo elija XYZ. Además, de cara al día a día de la sociedad, parece clave que XYZ lleve la batuta decisonal por tener alta experiencia en dicho sector. Anteriormente en el pacto de sindicación de voto, ya abogamos a proponer una sindicación de voto favorable ante la decisión de elegir como órgano administrador a un consejo de administración, por lo que ahora en los pactos que pasamos a desarrollar pondremos la lupa sobre el desarrollo de las actividades de dicho órgano.

Dado que el consejo de administración está conformado por 2 miembros propuestos por ABC y uno de ellos propuesto por XYZ, ¿sería posible establecer un pacto de sindicación de voto en el órgano de administración? Planteamos la pregunta por ser un mecanismo que facilitaría mucho el funcionamiento del consejo en la gestión de HP, pero lamentablemente creemos que no sería una opción para asesorar a nuestros clientes. Entendemos que, mientras que para los socios el voto representa un derecho, para los administradores representa una potestad inherente a la lealtad y diligencia debida del cargo, no pudiendo por tanto disponer de su voto contractualmente vía pacto parasocial. Que el administrador sea obligado a votar en cierto sentido es totalmente incompatible con los preceptos derivados del artículo 228 LSC, por lo que se imposibilita esta primera vía de actuación.

Habiendo despejado esta primera duda acerca de nuestra gestión de pactos parasociales referentes al consejo de administración. Dado que en el pacto de sindicación nos hemos asegurado que formaremos un consejo de administración, ahora concierne realizar un pacto parasocial para regular el número de administradores que va a designar cada socio (recordemos que lo demandado por el cliente es un consejo de 3 administradores, 2 de ABC, 1 de XYZ), además de elaborar el Reglamento del consejo de administración donde se establezca claramente los aspectos referentes a la gestión diaria de HP

### **3. Desinversión o venta de la sociedad**

Dos aspectos a tener en cuenta para estos pactos parasociales que van a ser sugeridos a continuación son que por un lado, asesoramos a ambas empresas y por otro lado, pese a que desconocemos las intenciones de XYZ, ABC es claro que está realizando una operación de capital riesgo de modo que procede en el completo asesoramiento de los pactos parasociales establecer una serie de pactos para cuando se realice el momento de la venta.

La primera cláusula contractual que barajamos será la conocida como *tag along*. Esta puede ser traducida como el derecho de adhesión o acompañamiento de un socio respecto a la participación en una potencial venta proyectada por el otro socio. A efectos prácticos, este pacto garantiza que cuando un tercero realiza una oferta a uno de los socios para la venta de las participaciones, si el tercero no ofreciera una extensión de la oferta a los socios o acciones que hayan formado parte del derecho de acompañamiento, la operación no podrá completarse. Evidentemente el objeto de esta cláusula va encaminada a proteger a XYZ en su posición de socio minoritario, pero realmente parece la opción más correcta viendo la distribución de capital 90/10.

Dicha protección al socio minoritario puede ser completada también con la elaboración de una opción de venta a favor de XYZ. La idea sería que si ABC pretende vender a destiempo, se obligue a esta a comprar el 10% de XYZ completando la opción de venta. Esto podría reforzarse incluso más interponiendo una prima en el ejercicio de la opción de venta ya comentado.

Por otro lado, ya entendemos más que garantizadas las participaciones del socio minoritario de cara al fin de la operación, por lo que procede revertir la balanza hacia el



equilibrio posicionándonos esta vez en favor del socio mayoritario, y que mejor forma que comenzar desarrollando la otra cara de la moneda de la cláusula de acompañamiento, es decir, la cláusula de arrastre o *drag along*.

A efectos prácticos esta cláusula de arrastre conecta perfectamente con los intereses de la inversión de capital riesgo que está efectuando ABC, pues este derecho de arrastre se traduce en que si un tercero ofrece una oferta por las participaciones a ABC, este pueda exigir a XYZ que venda también el número proporcional de acciones. Por tanto, si llega una oferta a ABC para adquirir el 100% de sus participaciones, este podrá obligar al resto de los socios a vender la totalidad del capital social.

Situándonos en la tesitura del equilibrio de la balanza en el asesoramiento jurídico ABC debe de ver garantizado el éxito a su actividad de capital riesgo por lo que deberá de contenerse en los pactos parasociales dicha cláusula o en su defecto una opción de compra que vincule a XYZ en caso de que esta no quiera vender. Esto significa que en caso de que XYZ no quiera vender al tercero, se derive una obligación de comprar de las participaciones de XYZ.

Entendemos que de esta manera se logra un equilibrio significativo en la balanza a la hora de realizar la desinversión, pues cuando ABC venda, XYZ tendrá como opción vender con este, o comprar las participaciones de ABC y seguir con el negocio.

**En caso de haber respondido afirmativamente a la respuesta anterior. ¿Es recomendable que trasladen a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados en dicho pacto de socios y por qué? ¿Cómo deberían, en su caso, estructurar el derecho que cada uno tiene a nombrar determinados administradores para que el mismo pueda acceder al registro?**

Respecto a su consulta de inscribir dichos pactos parasociales a los estatutos de la sociedad a través del Registro Mercantil, conviene acordar que la misma entendemos que no sería correcta del todo. Por un lado, respecto a la inscripción de pactos parasociales en el Registro parece que el legislador solamente aboga por ello en el caso de las empresas cotizadas y de las empresas familiares. Los pactos que han sido anteriormente expuestos rigen bajo el

principio de la autonomía de la voluntad y lo desarrollado en los artículo 28 y 29 LSC donde por una parte buscamos eludir la rigidez propia de la LSC y del Registro, acogiendo a los principios de inoponibilidad de los pactos parasociales a terceros y por supuesto de carácter reservado a las partes firmantes.

Por otro lado, respecto de la estructura para la inscripción de los administradores al Registro Mercantil, sacaremos a colación los artículos 138 y ss RRM y en concreto el artículo 142 RRM el cual dispone:

*“La inscripción del nombramiento de administradores podrá practicarse mediante certificación del acta de la Junta General o, en su caso, del Consejo de Administración en que fueron nombrados, expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente...*

*Si el nombramiento y la aceptación no se hubiesen documentado simultáneamente, deberá acreditarse esta última, bien en la forma indicada en el párrafo anterior, bien mediante escrito del designado con firma notarialmente legitimada....”.*

Tal y como se dispone del presente artículo la idea sería inscribir el nombramiento y aceptación simultáneamente ante el Registro, pudiendo acogernos para ello a la firma electrónica cualificada tal y como se deduce de la Ley 59/2003 de firma electrónica y del Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

**Durante la fase de auditoría legal y fiscal de HP, el asesor fiscal ha identificado una contingencia fiscal relevante por IVA. Durante las negociaciones del contrato, el asesor IESA ha propuesto cubrirlo vía “manifestaciones y garantías”. ¿En qué consiste a grandes rasgos la cobertura que nos ofrecen? ¿Funcionaría en este caso para proteger los intereses de los Socios teniendo en cuenta que EISA no dispone de más activos en balance aparte de HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse?**

Continuando con nuestro asesoramiento legal a ABC y XYZ respecto de la adquisición de HP, conviene esclarecer a nuestro cliente lo que significan las “manifestaciones y garantías”, y si funcionarían las mismas de cara a solventar la contingencia fiscal de IVA que se ha detectado.

La cláusula de manifestaciones y garantías contiene una serie de estipulaciones que las partes exteriorizan en aras de realizar contratos de compraventa de empresas, minimizando la asimetría de información que existe entre comprador y vendedor. Generalmente dicha cláusula se encarga de proteger por un lado de hechos pasados, situaciones presentes (ejemplo perfecto para nuestro caso en cuestión, donde la contingencia de IVA proviene de una situación anterior a la compraventa) e incluso situaciones futuras (por ejemplo por la aparición de un vicio oculto tiempo después de la compraventa). Generalmente, se pacta un régimen indemnizatorio del que derive una indemnización en caso de que se cumpla una de las manifestaciones.

Este tipo de cláusulas, que provienen del derecho americano, poco a poco se están introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico, sin que a priori haya ningún tipo de legislación al respecto. Por ello para la correcta aplicación de este tipo de cláusulas deberemos de observar cautelosamente la doctrina reciente así como algunas de las sentencias del TS más relevantes, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2010 y la de 30 de junio de 2000.

Dicho esto, respondiendo a la pregunta del cliente, a grandes riesgos este tipo de cláusula tiene algunas de las siguientes funciones:

- a) **Funciones generales:** Como bien hemos comentado en la página anterior entendemos que este tipo de cláusulas que, generalmente establece el vendedor, sirven para reducir el tiempo dilatorio de la compraventa, es decir, buscan reducir el tiempo el que el comprador invierte en adquirir la detallada información de la sociedad a adquirir. Por ello, es bien sabido que dichas cláusulas están estrechamente ligadas con todo el proceso de *Due Diligence*, proporcionando al comprador la información más relevante respecto a la compraventa y por supuesto para garantizarse que la información obtenida del *Due Diligence* es cierta. Esta garantía que acabamos de comentar se desarrolla también al transmitir ciertos riesgos al vendedor, riesgos que ocasionalmente corresponden al comprador. De este modo, las manifestaciones y garantías resultan, válgame la redundancia, una garantía sobre la propia *Due Diligence*. Como ejemplo de

esto, si tras la Due Diligence legal y fiscal realizada a HP por XYZ y ABC surgieran nuevas contingencias, se podría entender que incurrimos en una actuación no diligente corriendo con los riesgos de dicha potencial contingencia. Sin embargo si la cláusula de manifestaciones y garantías incluyese dicha contingencia lograríamos trasladar el riesgo al vendedor. En la Sentencia del Supremo de 3 de diciembre de 2010, citada anteriormente, encontramos justo la ejemplificación de esta declaración, respondiendo el vendedor sobre situaciones financieras de su empresa que no fueron detectadas por el comprador en el proceso de diligente auditoría.

**b) Funciones específicas al caso:** Como asesores de XYZ y ABC, detectar en la *Due Diligence* una contingencia fiscal de alta relevancia nos hace saltar todas las alarmas. En primer lugar, por supuesto que en las negociaciones de dicho contrato será necesario exigir a IESA asumir el riesgo de dicha contingencia, respondiendo de la misma (independientemente del problema de los activos de IESA que se tratará a continuación). Pero es que además, deberemos de negociar dicha cláusula de manifestaciones y garantías, exigiendo añadir a la misma mucha más información y contenido teniendo en cuenta el plus del poder de negociación que ostentamos tras detectar una contingencia relevante no comunicada anteriormente por el vendedor. Dicho esto, sugerimos negociar e incluir en dicha cláusula entre otras cosas:

- Garantizar que la sociedad HP no se encuentra inmersa en procedimiento judiciales o administrativos.
- Garantizar que HP se encuentre al corriente del resto de sus obligaciones fiscales, así como de sus obligaciones sobre protección de datos.
- Que los estados financieros presentados y evaluados en la Due Diligence por parte de XYZ y ABC son correctos y representan la fiel imagen económica de la mercantil.
- Garantizar que no existen obligaciones administrativas y laborales (lo incluiremos pese a conocer que actualmente carece de trabajadores)
- Garantizar que, efectivamente IESA es titular del 100% del capital social, no existiendo así ningún socio más.

- Garantizar que todos los derechos de propiedad intelectual o industrial serán transmitidos en la compraventa

Dicho esto, habiendo dejado clara nuestra posición al negociar las manifestaciones o garantías, conviene abordar la segunda parte de la consulta. ¿Surgirá algún problema o peligro para nosotros que EISA no disponga de más activos en balance aparte de HP?

Evidentemente. Para comenzar, concierne observar si nos encontraríamos en un supuesto de asistencia financiera prohibida según como dispone el artículo 143 LSC para las S.L. De incurrir la misma, el hecho causante sería prestar en garantía indirectamente las propias acciones de HP (ya que son el único activo de IESA). Sin embargo, tras un pormenorizado estudio, concierne exteriorizar a los clientes que pese a que es un tema que presenta ciertos riesgos, la doctrina mayoritaria afirma que no incurriría en un problema de asistencia financiera, para empezar porque la cláusula de manifestaciones y garantías no son consideradas garantías en sentido estricto para nuestro ordenamiento jurídico. La finalidad de las mismas no deja de ser la de informar y otorgar más seguridad al comprador de la operación, por lo que al ser consideradas como una “información” la doctrina no considera que tengan contenido patrimonial directo, motivo por el cual no se cumplirían los requisitos de asistencia financiera. Pese a ello, como alternativa de antemano se avisa de que por lo que hemos comentado, será imposible establecer una garantía directa sobre dicha contingencia pues en ese caso si incurrimos en asistencia financiera prohibida.

Como alternativa idónea para el presente caso venimos a proponer a los señores clientes la que a nuestro juicio representa la mejor alternativa a efectos de solucionar la situación que ha desencadenado la contingencia de IVA antes mencionada. Una *specific indemnitie*.

Dicho tipo de obligaciones, muy habituales en el derecho inglés, son obligaciones que asume el vendedor para reparar un daño específico como consecuencia de una potencial reclamación de un tercero. La principal característica de este tipo de obligaciones reside en que las mismas no se articulan estrictamente como indemnizaciones por incumplimiento, sino que representan indemnizaciones para cubrir determinadas contingencias o riesgos que de antemano han sido ya conocidas por el comprador. De esta manera, nosotros podremos

cubrirnos del potencial daño o contingencia que se derivaría del error de IVA. Mientras que las manifestaciones y garantías desempeñan, tal y como comentamos anteriormente, una función en su mayoría de informar y de atribuir responsabilidades, las *indemnités* atribuyen indemnidad en una ponderación de riesgos entre comprador y vendedor.

Dicha cláusula por otro lado, tiene una naturaleza indemnizatoria y no garantista, pues las partes acuerdan indemnizar porque se identifica un concreto riesgo, y lo razonable y sensato es que lo asuma quien va a recibir el precio de la operación al efectivamente haberse descubierto la contingencia antes de la compraventa. En otras palabras, el vendedor asumirá el riesgo de esa contingencia en caso de que suceda, quedando totalmente indemne el comprador. Esta naturaleza indemnizatoria de nuevo nos vuelve a avalar para asegurar a vosotros clientes que no incurriríamos en asistencia financiera prohibida de ninguna manera.

Tras una pormenorizada explicación de nuestra perfecta solución y alternativa para el aludido caso, pro seguiremos la explicación exponiendo la operativa de funcionamiento de las obligaciones *indemnités*.

Para comenzar, en la negociación con IESA trataremos de imponer que la duración de la obligación a indemnizar continúe hasta que prescriba la contingencia de IVA. Esto equivale según el TS, el TEAC y el artículo 66 LGT a 4 años a contar desde el último día de plazo para la presentación de las liquidaciones trimestrales o mensuales de IVA o desde el último día de plazo para la presentación del Resumen Anual. Respecto de la cuantía a negociar con IESA, deberemos lograr que el quantum indemnizatorio cubra gastos e intereses a soportar por HP en caso de que sea sancionada dicha contingencia. De hecho, como idea a barajar de cara a la futura negociación, estimamos que sería oportuno sugerir a IESA la posibilidad de que la misma contrate un seguro a efectos de cubrir el riesgo de la *indemnitie*, siendo el tomador del seguro HP.

A la hora de redactar la cláusula, deberemos tener en cuenta que será importante que la misma surta su efecto de forma automática en cuanto se materialice el riesgo que estaba previsto, siendo ocurrente incluso la posibilidad de no contener la misma cláusula en la escritura de compraventa, sino materializarla de forma separada al contrato. ¿Por qué? Simplemente entendemos que como asesores jurídicos de la compraventa es de alto interés tratar de salvaguardar lo mejor posible la confidencialidad de la cláusula en sí, pues dar a

conocer a terceras partes la contingencia resulta un perjuicio en todos los sentidos para nosotros. Por último, aclarar que el acreedor de la obligación a indemnizar por la asunción de riesgos será el comprador o la sociedad adquirida a conveniencia de nuestros intereses, a efectos de barajar ambas posibilidades para futuras implicaciones fiscales.

**En principio ABC y XYZ disponen de fondos suficientes para adquirir HP, pero dado que esta última tiene 500 millones de euros disponibles en la caja, están valorando la posibilidad de utilizar la totalidad o parte de esos 500 millones para pagar el precio de compra (HP no acepta distribuir dicho importe como dividendo con carácter previo a la compra por motivos fiscales). ¿Es posible realizar dicha operación y que la Sociedad o bien pague por cuenta de los Socios o bien les facilite un préstamo a estos? ¿Por qué? ¿Existen otras alternativas?**

En la presente cuestión, interesa a ustedes clientes conocer la posibilidad de, dados los 500 millones de Caja de HP, utilizar los mismos para financiar la operación, bien pagando directamente la operación o bien facilitando un préstamo a los nuevos socios. Lamentablemente existe un problema y no precisamente pequeño para desarrollar esa operación, girando todo en torno a lo que comúnmente es conocido como asistencia financiera prohibida, localizando la misma respecto de las S.L. en el artículo 143 LSC:

*“1. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca.*

*2. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”.*

Dada la difícil comprensión del asunto, esta parte interesa desarrollar a fondo esta cuestión en concreto, dado que es muy importante que nuestros clientes conozcan el alcance de la prohibición en aras de desarrollar el proceso de compraventa de una forma segura, teniendo en cuenta las duras consecuencias en las que incurrimos en caso de incurrir en una asistencia financiera prohibida de la magnitud que se nos ha exteriorizado en la consulta.

Dicho esto, en primer lugar la asistencia financiera consistiría en una serie de actos que realizará la sociedad HP a efectos de facilitar la adquisición de sus propias acciones a terceros, en este caso ABC y XYZ por supuesto.

Dentro de la propia comprensión de lo que resulta ser la asistencia financiera, conviene así desgranar el concepto en lo que serían los elementos esenciales que formarán el mismo, los cuales ya hemos hecho alusión a ellos en esta argumentación:

- Las participaciones de HP.
- Terceros ajenos a la sociedad que buscan adquirir las participaciones, en el caso ABC y XYZ.
- Facilidades articuladas por la sociedad HP en aras de hacer más atractiva la adquisición de sus propias participaciones.

Estos 3 conceptos desarrollados vienen a converger en la idea de que el dinero que tiene la sociedad HP en caja (500 millones) será utilizado para financiar o hacer más atractiva la adquisición planeada de ABC y XYZ, pagando directamente el precio de la Compraventa o emitiendo un préstamo a los Socios. Esta operación, de acuerdo con el ya expuesto artículo 143 LSC estará prohibida, en concreto por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo.

Esta disposición prohibitiva del artículo 143 LSC tiene su razón en la protección de intereses en la legislación tanto comunitaria como española, intereses de ciertos sujetos que se pueden ver afectados por la operación, los cuales a posteriori destacaremos. Algunas de las necesidades que se buscan conseguir con esta prohibición podrían ser:

- Por un lado, con ella se busca evitar potenciales abusos desarrollados por los administradores de la sociedad. Estos ostentan ciertos poderes de decisión societarios que deben de ser limitados por la legislación a efectos de que no se abuse de los mismos. Un claro ejemplo de esta problemática sería que los administradores sociales podrían facilitar la adquisición de participaciones o acciones a terceros de su confianza en aras de reforzar su situación y poder en la sociedad. Este acto que utilizamos de ejemplo devengaría en que los administradores facilitasen a personas de confianza un sencillo acceso a órganos de gobierno societario (Junta General) asegurando así su posición reforzada en la administración societaria y por supuesto, atentando contra los intereses de los socios vulnerando la igualdad de trato en la adquisición de participaciones y de la propia sociedad o interés social, alterando artificialmente los



mecanismos decisorios de la Junta, como las mayorías sociales. En definitiva, en lo que respecta a los administradores la asistencia financiera simboliza entre otras cosas un mecanismo de control ante el abuso de poderes ejercicio por el administrador/es en concreto.

- Por otro lado, otra de las grandes protecciones que justifica la ratio legis de la asistencia financiera prohibida es la protección del patrimonio social. El legislador así busca que se respeten los principios de integridad del capital social, asegurando seguridad en la actuación societaria, tanto por la solvencia, como por la defensa del interés social. Es decir, se consigue así que los recursos de la sociedad se utilicen para la consecución del objeto social y además asegura los intereses de los distintos acreedores al conseguir evitar que las sociedades vean mermado su propio patrimonio tras asistencias financieras que pueden llegar a falsear la información del capital social de las mercantiles.

Habiendo desarrollado estas dos consecuencias de la asistencia financiera, que por supuesto facilitarán la comprensión de ustedes clientes de cara al mero concepto jurídico que simboliza, conviene ahondar en un concepto ya sacado a colación, la ratio legis de la asistencia financiera y la defensa de los intereses, ahora sí poniendo la lupa sobre nuestro ejemplo en cuestión.

La asistencia financiera prohibida, tal y como se ha hecho visible en los dos anteriores ejemplo protege una serie de intereses, que en el presente caso los entenderíamos vulnerados de la siguiente manera:

- **Interés social:** Se busca proteger que el capital de la mercantil sea utilizado para la mera consecución del objeto social de la misma. En el presente caso, si HP financiase con su propio capital la compraventa, dichos recursos económicos estarían siendo utilizados para hacer más atractiva la operación, por lo que HP dejaría de utilizar dichos recursos para lograr su objeto social, vulnerando así en definitiva el interés social.
- **Interés de los socios:** Se busca proteger el poder decisorio de la junta general, protegiendo así a este órgano de un monopolio de control de los administradores. En el

presente caso, dado que desconocemos si en algún momento entrarán más socios al capital de HP, resulta complicado afirmar si dicho interés está siendo estrictamente vulnerado.

- **Interés de los acreedores:** Se busca proteger la realidad patrimonial y la seguridad jurídica del acreedor. En el caso en concreto este interés estaría siendo vulnerado con creces, al utilizar la totalidad de la Caja en la financiación de la Compraventa, pudiendo devenir en potenciales insolvencias de los distintos créditos y préstamos que solicitarán para el correcto devenir de la mercantil tras la operación.

La cuestión es que la ratio legis de esta norma prohibitiva evoluciona con el tiempo y pretende flexibilizar la situación en tanto en cuanto no se vulneren los intereses antes comentados. Esto es así porque esta norma prohibitiva puede llegar a ser un obstáculo en las operaciones diarias que se efectúan en una sociedad, dificultando la actuación y necesitando de cierta flexibilidad conforme pasan los años.

Dicho esto, se procede a analizar la operación en cuestión a efectos de observar si, estamos ante un caso de asistencia financiera prohibida o, no se vulneran los bienes jurídicos e intereses mencionados.

El elemento subjetivo de la operación será la sociedad que va a ser adquirida, es decir HP, el elemento objetivo por otro lado es un compromiso patrimonial, que en este caso puede ser o bien el préstamo a los socios o directamente facilitar fondos para la ejecución de la compraventa. Finalmente el objetivo teleológico será la compraventa, es decir facilitar la adquisición de las participaciones de HP.

El veredicto resulta muy contundente, hay sin duda una asistencia financiera prohibida. Se está utilizando la totalidad de la Caja de HP para hacer más atractiva una operación, donde se vulneran los intereses sociales y de los acreedores con los motivos que hemos expuesto antes. Respecto de la vulneración del interés de los socios, entendemos que no hay vulneración del interés y aunque es complicado afirmarlo con contundencia, HP actualmente solo tiene a IESA como socio, no viéndose afectada el interés de ningún socio, básicamente por que no hay más.

Dicho esto, habiendo localizado la asistencia financiera prohibida y habiendo desarrollado una correcta exposición a ustedes clientes, se procede a continuar la segunda parte de la respuesta a su consulta, en lo referente a las posibles alternativas a la operación y por supuesto, potenciales consecuencias jurídicas e infracciones derivadas de realizar la operación.

Comenzando así por las alternativas, buscamos subsanar la desprotección de los bienes jurídicos vulnerados que hemos comentado, por lo que lo primero que se podría proponer en aras de proteger el interés de los acreedores sería un aumento de capital seguido de una reducción de capital. La idea por ende sería comenzar la operación realizando una ampliación de capital con cargo a reservas para posteriormente realizar una disminución de capital para movilizar el capital de la sociedad a los socios. ¿Qué conseguimos así? Pues por una parte reforzar el interés de los socios, sometiendo el acuerdo a Junta y pudiendo el mismo ser impugnado por la vía del artículo 204 LSC al ser contrario al interés social y por otro lado el interés de los acreedores el cual resulta crucial en la operación. Dicho interés se reforzará al someter a la tutela especial en caso de reducciones de capital en la SL, consistiendo nada más ni menos en la responsabilidad solidaria de los socios, oponible a terceros y con un plazo de prescripción de 5 años, obligándonos así a nosotros constituir una reserva indisponible para evitar esa potencial responsabilidad.

Por otro lado, otra alternativa sería realizar una leveraged buy out (LBO) o adquisición apalancada. Esta modalidad de adquisición tiene sus bases en el artículo 35 de la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales, consistente en satisfacer con financiación ajena una adquisición de una sociedad target para posteriormente saldar el apalancamiento con los propios activos (en este caso con la Caja de HP). De esta manera a efectos prácticos conseguimos también financiar la operación con los propios activos de HP, lo cual entendemos que es uno de los objetivos de ustedes clientes para esta operación, al pagar los costes de financiación con los activos y los flujos de efectivo.

Para realizar la operación sería consecuente crear una SPV que se apalanque para posteriormente fusionarla con la sociedad target, quedando el patrimonio de ambas integrado en la sociedad resultante, donde en el activo se encontraría el capital de HP y en el pasivo el endeudamiento realizado por la SPV, además del propio pasivo de HP. De esta manera, HP a efectos prácticos soportaría la financiación con su propio capital. Además, realizando la

operación a través de esta idea conseguimos salvaguardar los intereses que hemos comentado anteriormente a través de lo previsto en el artículo 35 LME.

Procedemos a plasmar los requisitos del propio artículo para la mayor comprensión de ustedes clientes:

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

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

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

*En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión”.*

Como pueden observar se requerirán medidas de información adicionales en el proyecto de fusión, así como un informe de expertos independientes a efectos de identificar asistencia financiera prohibida. Con estas condiciones imperativas conseguimos por ende información reforzada a socios y acreedores, así como mayor responsabilidad por parte de los administradores con el fin de proteger los intereses ya comentados. De esta manera la operación de fusión por la vía del 35 LME sanaría la asistencia financiera, quedando como una buena alternativa para nuestro proyecto.

Por último, habiendo plasmado un par de alternativas eficientes para la contingencia de la asistencia financiera prohibida, conviene exteriorizar las consecuencias negativas que tendría realizar la operación.

La primera consecuencia será la nulidad de pleno derecho de la asistencia jurídica (no la de la compraventa), en virtud del artículo 6.3 CC. Además, se derivarán una serie de responsabilidades:

- Responsabilidad mercantil a través del artículo 236 LSC con un plazo de prescripción de 4 años.
- Responsabilidad administrativa articulada a través del artículo 157 LSC con un plazo de prescripción de tres años en forma de multa equivalente a la asistencia financiera prestada.
- Responsabilidad penal en caso de causar perjuicio al patrimonio administrado, suponiendo inclusive antecedentes penales a administradores e inhabilitación para administrar patrimonios ajenos.
- Responsabilidad concursal, calificación de concurso como culpable y responsabilidad de los administradores por el déficit de deuda no cubierta.

**En unidad de acto con la adquisición, está previsto que, entre otras cuestiones, HP traslade su domicilio social a Madrid y se revoquen los actuales poderes generales vigentes, otorgándose unos nuevos. ¿Qué órganos serán los encargados de la adopción de dichos acuerdos? ¿Cómo deberán documentarse los mismos, que formalidades deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deben llevarlas a cabo?**

La siguiente cuestión que interesa conocer ustedes clientes concierne respecto de un par de cuestiones a realizar de forma simultánea a la adquisición, como sería la revocación de los poderes generales actuales en la mercantil y el cambio de domicilio social de Málaga a Madrid.

Dicho esto, para facilitar nuestro asesoramiento, individualizaremos ambas cuestiones de cara a exponer pormenorizadamente dichos procedimientos, comenzando así con el cambio de domicilio social de HP de Málaga a Madrid. El domicilio social simboliza aquel lugar donde radica la principal actividad o explotación de la mercantil o donde tiene su centro de

dirección o efectiva administración. Dicho esto, acabamos de presentar el primer requisito a solventar para el cambio de domicilio. Madrid deberá de representar el establecimiento principal o explotación donde la sociedad desarrolla su objeto social, o como alternativa, situar el órgano de administración allí. Dado que lo más sensato y sencillo para nuestros intereses será la segunda opción, deberemos tener en cuenta el “cómo” situar el órgano de administración allí. La doctrina mayoritaria aboga por que debe de existir una estructura física estable (véase una oficina administrativa o al menos comercial), aunque luego a efectos prácticos no habrá problema con que el órgano de administración y la Junta General se reúnan en otro sitio. Debemos de entender que, a estos efectos se trata de proteger el ordenamiento jurídico de los potenciales fraudes en orden a la elección del domicilio, así como de las sociedades ficticias.

El cambio de domicilio social deberá indicar expresamente la calle o plaza y número de local, así como el término municipal donde radica, así lo ha confirmado la DGRN en sus resoluciones de 12 de septiembre de 1985 y 11 de octubre de 1993 y, además supondrá una modificación estatutaria, por lo que concierne poner el punto de mira en los requisitos de las modificaciones estatutarias, en el artículo 285 LSC, así como en el artículo 19 RRM. Respecto del citado anteriormente artículo 285 LSC, concretamente en el apartado segundo, encontramos que el cambio de domicilio social en territorio nacional será acordado directamente por el órgano de administración, sin necesidad del intervencionismo de la Junta. Por ende, concierne solicitar a IESA la información estatutaria, teniendo en cuenta que la única manera de que la junta general asuma la competencia de esta manera es que en los estatutos de forma expresa se despoje al consejo de administración de dicha competencia. A efectos práctico, este requisito de \*ser despojado expresamente de competencia\* Significa que tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 15/2017, de 6 de octubre se apruebe una modificación estatutaria donde, expresamente se diga que el órgano de administración ya no ostenta ese poder.

Respecto de los requisitos inherentes a una modificación estatutaria, debemos tener en cuenta que la misma debe de constar en escritura pública, con testimonio notarial del acuerdo realizado por el órgano de administración e inscribirse en el RM. La escritura pública deberá de contener una transcripción literal de la propuesta de modificación estatutaria. Una vez otorgada la escritura deberá de inscribirse en el Registro, el cual remitirá oficio telemático del acuerdo para su publicación en el BORME, dando así oponibilidad a terceros.

Respecto de los requisitos del artículo 19 RRM, interesa primero destacar la necesidad de presentar una certificación literal en soporte papel de la hoja registral expedida por el Registro Mercantil de origen que comprenda todas las inscripciones, así como las cuentas anuales de los últimos 5 años a efectos de que se trasladen a la nueva hoja que se abrirá en el RM de destino. Evidentemente este requisito surge a posteriori de que, en el Registro Mercantil de Málaga en este caso, se presente el documento que acredite el acuerdo del traslado del domicilio social realizado por el órgano de administración o la junta en los casos que hemos comentado anteriormente. Dicha certificación tendrá una vigencia de tres meses desde su expedición tal y como dispone el artículo 19.3 RRM. En segundo lugar, el registrador hará constar la certificación antes referenciada en el documento en el que se solicitó el cambio de domicilio social, diligenciando así el último asiento practicado en el Registro Mercantil de Málaga con el que se cierra por ende la implicación de este Registro. Posteriormente, el Registro Mercantil de Madrid transcribirá todo el contenido que habremos expuesto en la certificación comentada, reflejando en la nueva hoja el cambio de domicilio por supuesto.

Pasando ahora sí a la segunda parte de la cuestión planteada por ustedes clientes, se procede a exponer el desarrollo del modus operandi de la revocación de los poderes generales actuales en la sociedad HP. Para ello, comenzamos destacando la utilidad de los artículos 185 LSC y 186 RRM, donde nos presentan la tan reiterada idea de que la representación societaria será una materia siempre revocable. Dicho esto, concierne exteriorizar que la representación mercantil se extingue de la misma manera que lo haría un contrato de mandato, regulado en el artículo 1732 CC. Una de las causas de la extinción de dicho mandato será la revocación expresa del representante, siendo competente para ello el propio órgano de administración. En términos generales, el procedimiento será sencillo, tras confirmar que dicen los poderes otorgados y revisar si hay algunas limitaciones estatutarias, el administrador revocará poderes de forma tácita o expresa, es decir, estableciendo un nuevo mandatario para realizar las mismas actividades que el anterior (1735 CC) o revocando directamente el mandato a voluntad (1733 CC). Por último, solo faltará elevarlo a público e inscribirlo en el RM para conseguir que tenga eficacia frente a terceros.

**Tan pronto adquieran el capital social de HP, la intención de ABC y XYZ (dada la excelente relación que ABC tiene con un sindicato bancario alemán) es refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente (tanto la Deuda con Bancos como la Deuda con Socios). ¿Sería posible realizar esta operación y, en su caso, cómo?**

En la presente y penúltima cuestión interesa a ustedes clientes conocer sobre la posibilidad de refinanciar la deuda que ostenta la compañía, repagándola en su totalidad de forma anticipada con la ayuda de un sindicato bancario alemán. Por ello concierne abordar los diferentes tipos de deuda visibles en el pasivo de la compañía:

- Deuda procedente de un contrato con Banco Español, S.A. por importe de 400 millones de euros.
- Deuda que IESA concede a HP a través de un préstamo participativo por importe de 100 millones de euros.

Entendemos que amortizar anticipadamente la financiación del banco no daría a priori ningún problema pese a que desconocemos las exactas condiciones del habido contrato por lo que rogamos a ustedes clientes nos lo faciliten para completar así adecuadamente el asesoramiento legal. En cualquier caso, lo normal sería entender que la amortización anticipada total es más que factible, pagando la totalidad del capital pendiente de amortización más los intereses devengados hasta la fecha de la amortización anticipada. Por último, destacar que sería de esperar que la entidad financiera Banco Español, S.A. trate de cobrar comisiones por la amortización anticipada del préstamo, consistiendo probablemente en un porcentaje sobre la cantidad amortizada antes del vencimiento.

Por otro lado, en lo que respecta a la amortización anticipada del préstamo participativo nos encontramos con una contingencia. Teniendo en cuenta que, desde 2014 los intereses de un préstamo participativo a entidades del grupo no son deducibles, cada vez se hace más frecuente encontrar la voluntad de las mercantiles de amortizar anticipadamente este tipo de préstamos. Sin embargo, conviene destacar y exponer el artículo 20.1. b) del Real Decreto-ley 7/1996:



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

Como observamos, en caso de que sea el prestatario quien implore la amortización anticipada, se emanará una obligación de aumentar los fondos propios en una cuantía igual a la amortización anticipada, todo ello en aras de proteger debidamente a los anteriores acreedores de la mercantil, con deudas cuyo vencimiento sea anterior al préstamo participativo. Todo ello porque, si el préstamo participativo se paga anticipadamente, de forma indirecta se estaría poniendo en riesgo el pago de la deuda de los demás acreedores anteriores, teniendo en cuenta además que, los préstamos participativos en orden de prelación de créditos, se situarán siempre después de los acreedores comunes.

En definitiva, ambos préstamos se pueden anticipar sin problema a priori, con la salvedad de lo dispuesto respecto al préstamo participativo, que exigirá la materialización de una reserva indisponible que aumente los fondos propios en la misma cuantía que pretendemos amortizar anticipadamente, es decir se necesitarán 100 millones de euros adicionales para realizar la operación a no ser que se pacte con los acreedores lo contrario (a fin de cuentas el bien jurídico protegido es el interés de los acreedores).

Continuando con el desarrollo de la pregunta, concierne exponer que la operación de financiación sindicada sería totalmente posible, por lo que a continuación se procede a exponer detalladamente la figura jurídica a realizar, las fases para realizar con éxito la financiación sindicada, así como algunas contingencias a evitar.

Para ello, se comienza exponiendo el concepto de la financiación sindicada, como un negocio jurídico de préstamo y/o crédito donde hay una pluralidad de prestamistas y acreditantes que de forman conjunta (sindicada) se obligan a conceder un préstamo o poner a disposición dinero de forma mancomunada a una mercantil.

El contrato de financiación sindicada lleva consigo diversas ventajas, entre las que podríamos destacar la distribución de riesgo entre diferentes bancos, además de por supuesto la capacidad de financiar proyectos de un tamaño considerable que, difícilmente podrían ser

financiados por un solo banco. Otra gran ventaja de esta modalidad de financiación será que, con la ayuda de un préstamo sindicado optimizaremos los costes de transacción, documentos y procedimientos, además de pagar menos coste por nuestra parte que el que resultaría de financiarse con diferentes préstamos unilaterales no sindicales.

Dicho esto conviene reiterar en la explicación del concepto de financiación sindicada el carácter mancomunado de las obligaciones del sindicato. Esto quiere decir que, en caso de que un miembro del sindicato incumpla su obligación, el resto de miembros del sindicato no serán responsables del incumplimiento, no pudiendo dirigirse la sociedad financiada contra el resto para suplir la obligación incumplida por la entidad que no cumpla su obligación.

Dicho esto, concierne exponer las fases que deberán afrontarse para realizar con éxito la financiación sindicada:

En primer lugar, ustedes clientes han decidido como objetivo de la financiación amortizar anticipadamente ambas deudas visibles en la contabilidad de HP, es decir préstamo con el Banco Español, S.A. por importe de 400 millones de euros y, el préstamo participativo concedido por IESA a favor de HP por importe de 100 millones de euros. Teniendo identificado el motivo de la financiación, se comenzará enviando un modelo con el compromiso de la financiación, así como un acuerdo de confidencialidad a toda entidad interesada en la financiación. En dicho modelo incorporaremos nuestra necesidad de capital (500 millones en nuestro caso) así como las condiciones esenciales del contrato como el tipo de amortización, intereses... Una vez que una de las entidades acepte este precontrato se realizará un contrato de comisión mercantil en el que la entidad financiera se comprometa al negocio de los términos generales de la financiación con el resto de entidades del sindicato.

En segundo lugar, se proseguirá con la negociación de la entidad financiera que haya recibido la carta de mandato, donde se utilizará el *term sheet* propuesto por ustedes clientes para elaborar cartas de invitación a las distintas entidades financieras potencialmente interesadas. Este proceso suele realizarse también bajo la preparación de un *information memorandum* dirigido a las entidades interesadas. Este documento se equipara al *term sheet* solo que profundiza un poco más en la información, sobre todo en la información financiera de la financiada a efectos de devolver la deuda. Finalmente, se concluye esta fase firmando el contrato de financiación sindicada, mientras que la entidad MLA (sociedad con la que se llevó

a cabo el contrato de comisión mercantil) percibirá una remuneración que operará de forma independiente a la posterior remuneración que surgirá fruto de la financiación. En este momento, ya firmado el sindicato, se designará a la entidad MLA como banco agente (a través del mismo contrato de comisión mercantil realizado anteriormente) a efectos de que actúe en nombre y representación del sindicato al completo, velando así por las relaciones con ustedes clientes y ejerciendo la labor de supervisar el cumplimiento del contrato por el sindicato. De igual manera a lo dispuesto anteriormente, este nuevo contrato exigirá por nuestra parte una nueva remuneración al ahora banco agente, ajena a la percibida por la financiación.

La última fase comprenderá la puesta a disposición de fondos por parte del sindicato a ustedes clientes, así como su posterior amortización o potencial novación, refinanciación...

Una vez sintetizado el proceso de la referida financiación, se procederá a abordar algunas de las potenciales problemáticas susceptibles de ser anticompetitivas, así como las recomendaciones con las que se acompaña a efectos de prevenir dichas contingencias.

En primer lugar, durante la fase primera, una vez que las potenciales entidades financieras reciben el *Request for Proposal*, cada entidad por su cuenta suele consultar con sus órganos internos a efectos de encontrar respuesta sobre la oferta de la parte que requiere la financiación. En este preciso momento puede darse una situación en la que los órganos internos presionen internamente a la entidad financiera para lograr descubrir que más entidades han obtenido el RFP, inclusive pudiendo llegar a intercambiar información sensible para ello. Dicho esto, en el punto número 2 de la comunicación de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de la Comisión, se constituye como una práctica concertada de cooperación horizontal (incompatible con el mercado interior) el intercambio de datos para las estrategias de las empresas pues tal y como dispone el apartado 61: “*reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir*”.

Posteriormente, tras la firma de la carta de mandato y el correspondiente contrato de comisión mercantil, los riesgos antitrust se reducen, pues las relaciones de la entidad MLA con el resto de potenciales financieras pasará a ser algo normal a efectos de conformar las debidas negociaciones. Sin embargo, aún debe de reinar la cautela a la hora de divulgar información respecto de la estrategia de sindicación, sobre todo acerca de las conductas que busquen el

aprovechamiento sobre la parte financiada, las cuales pueden ser consideradas anticompetitivas en virtud del mismo artículo 101 TFUE antes comentado.

Por otro lado, concierne también extremar la precaución respecto de la posible consideración de la figura del sindicato de financiación como un cartel, pues tal y como afirma la doctrina, el concepto de sindicato de entidades financieras se equipara a la figura de la Unión Temporal de Empresa (en adelante “UTE”). Bajo términos generales la doctrina y jurisprudencia han establecido como totalmente lícito la creación de UTE para una licitación siempre y cuando las empresas por sí solas sean incapaces de contar con las capacidades técnicas y económicas

En líneas generales, dichos principios establecen que la creación de una UTE para participar en una licitación es conforme al Derecho de la Competencia si las empresas concertadas no contaban con las capacidades técnicas y económicas para llevar a cabo por sí solas el objeto del proyecto. Por ello, realizando la correspondiente análoga interpretación respecto del sindicato bancario será preceptiva para no ser una acción antitrust, la elaboración de informes individuales que evalúen los riesgos y requerimientos del proyecto de financiación, que justifiquen la imposibilidad de financiar el proyecto de forma individual. Todo ello en término de justificar la inviabilidad de la financiación de forma individual y por ende de justificar la creación del referido sindicato.

Por último, deberemos tener en cuenta que será muy normal que en el contrato de financiación sindical se prevea la contratación obligatoria de una serie de instrumentos de cobertura para los prestamistas, como lo podrían ser los *Swaps* o *Collars*. En lo que concierne al Derecho de la Competencia debemos concretar si estas coberturas constituyen un contrato anudado al de financiación que pudiese ser considerado como práctica colusoria. La CNMC en la resolución “*Derivados Financieros*” considera más que razonable esta práctica de instrumentos de coberturas en proyectos de estas dimensiones, siendo más que eficiente para las entidades bancarias unir préstamos y derivados a efectos de compartir garantías, por lo que no nos deberíamos de preocupar al respecto.

Por todo lo expuesto señores clientes, concierne en aras de mitigar los riesgos de cometer conductas anticompetitivas; Recomendar adoptar las medidas de compliance con el Derecho de la Competencia apropiadas, tanto por parte de las entidades financieras como por

nuestra parte, dejar constancia documental de los propios contactos mantenidos durante el proceso de negociación y recordar la política de clemencia contenida en los artículos 65 y 66 de la Ley de Competencia efectos de reducir y/o dispensar del pago de las multas en caso de cártel.

**De igual modo, tras la venta está previsto que HP resuelva el contrato de O&M que actualmente mantiene suscrito y lo sustituya por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo ABC. Las condiciones de dicho contrato son ligeramente más onerosas que las del contrato originalmente en vigor, pero no llegan a ser consideradas fuera de mercado. ¿Es posible sustituir el O&M y, en caso afirmativo, que órgano(s) debería(n) aprobar la suscripción del nuevo contrato y con que requisitos? ¿Identificamos algún riesgo en relación a dicha resolución?**

En la presente y última cuestión interesa a ustedes clientes conocer respecto de la resolución del contrato de O&M en aras de sustituir el contrato de prestación de servicios (en este caso de operación y mantenimiento) en favor de una sociedad del grupo ABC. No se nos expone en su consulta altos detalles acerca de las condiciones de dicho contrato, pero se nos habla de que, pese a ser más onerosas que las contenidas anteriormente con la mercantil O&M, no llegan a ser consideradas fuera de mercado. Dicho esto, procedemos a abordar la cuestión planteada ojeando su implicación fiscal y el órgano que deberá aprobar dicho contrato, así como sus requisitos.

Los contratos realizados por la sociedad deberán ser aprobados por el órgano de administración inequívocamente. Los principios de diligencia y lealtad que se derivan del artículo 225 y ss LSC nos indican que los administradores adoptarán las medidas precisas necesarias para la correcta dirección y control de la mercantil, de donde se extrapola que el día a día de la sociedad, así como los aspectos contractuales donde serán competentes la sociedad serán liderados por los administradores. Además, conviene sacar a colación el artículo 231 bis LSC titulado “Operaciones Intragrupa”.

Dicho artículo surge tras la Ley 5/2021, la cual busca ofrecer una completa regulación en materia de operaciones intragrupo, apareciendo por primera vez en nuestro ordenamiento

jurídico, un régimen de autorización y dispensa de dichas operaciones en defensa de los socios externos de sociedades. En caso de no haber socios externos, no habrá conflicto de interés y por tanto no da lugar a dispensa, entendiendo este caso en aplicación del artículo 529 vicios 2.a) LSC:

*“2. Como excepción a lo previsto en el apartado anterior, no tendrán la consideración de operaciones vinculadas:*

*a) Las operaciones realizadas entre la sociedad y sus sociedades dependientes íntegramente participadas, directa o indirectamente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 231 bis”.*

Dicho esto, dado que ustedes no nos han especificado la distribución de capital de la sociedad del grupo ABC, damos por supuesto que, no sería de aplicación el referido artículo, debiendo de acogernos por ende al artículo 231 bis LSC el que continuamos exponiendo.

En el mismo divisamos que, la aprobación de las operaciones que realice la sociedad con otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés corresponderá a la junta general cuando el valor de la operación de conjunto sea superior al 10% del activo de la sociedad. Dado que ustedes clientes no nos han facilitado más información concreta del contrato, interpretamos que el mismo no va a suponer en ningún caso un importe superior al 10% de los activos de la sociedad, simplemente por ser el mismo un contrato para la operación y mantenimiento de HP, no ostentando por ende legitimación la junta general.

El apartado siguiente es sumamente importante para explicar el modus operandi de la suscripción de dicho contrato en nuestro caso concreto, por lo que procedemos a plasmarlo en el presente informe para facilitar la comprensión del mismo:

*“2. La aprobación del resto de las operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés, corresponderá al órgano de administración. No obstante lo previsto en los artículos 228.c) y 230, la aprobación podrá hacerse con la participación de los administradores que estén vinculados y representen a la sociedad dominante, en cuyo caso, si la decisión o voto de tales administradores resultará decisivo para la aprobación, corresponderá a la sociedad y,*

*en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo es conforme con el interés social en caso de que sea impugnado y que emplearon la diligencia y lealtad debidas en caso de que se exija su responsabilidad”.*

Comienza el artículo dejando una cosa clara. Para la aprobación del resto de ejemplo de operaciones vinculadas entre empresas del grupo sujetas a conflicto de interés no contenidos en el apartado 1 del presente artículo, será competente el órgano de administración.

Continúa el artículo exponiendo que, salvo a lo previsto en los artículo 228.c) y 230 LSC (régimen de imperativa abstención y dispensa), los administradores que estén vinculados a la sociedad dominante podrán votar sin problema, pero en el caso de que sus votos sean decisivo para la aprobación del acuerdo se emanará una responsabilidad donde la sociedad o el socio afectado deberán acordar que el acuerdo es conforme al interés social y que se empleó la diligencia y lealtad debidas.

En nuestro caso concreto la sociedad con la que vamos a realizar el contrato pertenece al grupo de empresas ABC, entidad que ostenta el 90% del capital social de HP. A su vez, el consejo de administración estará formado por 3 miembros, dos de ellos impuestos por ABC, por lo que para votar a favor de la realización de este contrato será decisiva su intervención y voto a favor, lo que desencadenará que el administrador impuesto por XYZ tenga que probar que el acuerdo no sea contrario al interés social y que se siguieron los requisitos de diligencia y lealtad debidos.

Dicho esto, habiendo dejado bien claro que la legitimación para aprobar la suscripción del nuevo contrato la ostenta el órgano de administración, conviene saber además que el mismo artículo 231 bis LSC referenciado anteriormente, en su apartado 3 permite que esta cualidad sea delegada 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 (como es el caso). Esta delegación en caso de que ustedes la quieran acordar, devengará en la necesidad de implantar un procedimiento interno para la evaluación periódica de los requisitos necesarios. Por otro lado, teniendo en cuenta el órgano de administración de HP, ¿Puede el mismo firmar contratos como órgano colegiado?

La respuesta es que no. El órgano de administración es un órgano colegiado limitado por su propia naturaleza, no pudiendo desempeñar funciones ejecutivas. Sólo podrá adoptar acuerdos delegando así las funciones ejecutivas a los miembros del consejo, dando así razón

de ser a la figura del consejero delegado. El órgano colegiado podrá formar por ende vía acuerdo, la voluntad de la persona jurídica a efectos de autorizar a un individuo para la celebración del citado contrato.

Dando por terminado la exposición de su consulta respecto del órgano encargado de aprobar y firmar dicha operación, conviene exponer a efectos contables y fiscales, que contingencias podrían surgir derivadas de realizar la presente operación.

El artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS) es el encargado de valorar las operaciones vinculadas en el Impuesto de Sociedades, debiendo tener en cuenta para ello por supuesto su valoración contable ya que, como sabemos, no será necesario realizar modificaciones extracontables bajo la normativa anteriormente reseñada si la consideración fiscal y contable de la operación fuese la misma. Nos situaremos por ende en la norma 21ª del PGC de donde abstraemos que, si el precio de la operación difiriese de su valor razonable, la valoración posterior se realizará acorde con la naturaleza del elemento. Por otro lado, el artículo 18.1 de la LIS establece que las operaciones vinculadas entre empresas grupo se valorarán a su valor de mercado.

Establece el artículo 18.1 de la LIS que las operaciones vinculadas se valorarán conforme a su valor de mercado. Es aquí donde surge la problemática en la aplicación del valor razonable en la contabilidad de la empresa. Si este valor razonable no coincide con el valor de mercado de la operación, situación que se da con asiduidad en la valoración de instrumentos financieros, la operación generará un ajuste extracontable por aplicación de la valoración de mercado de la operación, siendo el valor de mercado el precio que se habría acordado por entidades totalmente independientes en máximo respeto del principio de libre competencia.

Por último, conviene reiterar que en el mismo artículo 18 LIS antes comentado, concretamente en su apartado 3, se devengarán una serie de obligaciones formales para las entidades que realicen la operación vinculada como podría ser:

- Mantener la documentación específica que se establezca reglamentariamente (desarrollada en los artículos 16 al 20 RRM) a disposición de la Agencia Tributaria en respeto de los principios de suficiencia y proporcionalidad. Dicho contenido solo se



podrá facilitar de forma reducida cuando el Importe Neto de la Cifra de Negocios sea inferior a 45 millones de euros tal y como dispone el artículo 101 RRM.

- Análisis de la operación vinculada a efectos de saber si el valor asignado es asimilable al valor de mercado.