



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Autora

María Marcote Feijóo

Tutor

José María Rojí Buqueras

Madrid

Diciembre 2022

**INFORME EMITIDO EN INTERÉS DE LA SOCIEDAD ABC CAPITAL
EU S.A.R.L. (“ABC”) Y LA SOCIEDAD XYZ, S.L. (“XYZ”)**

Análisis de la operación de adquisición conjunta del 100% del capital social de la sociedad
Hidro Power S.L. (“HP”).

21 de diciembre de 2022

Equipo de trabajo

María Marcote

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. Introducción y conclusiones principales	5
2. Consulta y alcance del asesoramiento	7
3. Antecedentes relevantes.....	8
4. Legislación aplicable	9
5. Puede ABC adquirir participaciones en una sociedad española y, en su caso, que 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?	11
6. 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?	15
A. Formalidades del poder otorgado ante notario español de XYZ	15
B. Formalidades del poder otorgado ante notario luxemburgués de ABC	16
7. ¿Existe alguna formalidad adicional que debemos tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición o alguna acción a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de compraventa?	18
A. Autorización administrativa previa relativa al cambio de titularidad de la concesión de las centrales hidráulicas y posterior inscripción de esta en el Registro de Aguas.	18
B. Evaluación de la compraventa bajo la normativa de control de concentraciones y posible notificación a la CNMC.....	20
a. Notificación de la adquisición de control exclusivo de ABC sobre HP	22
b. Notificación de la adquisición de control conjunto de ABC y XYZ sobre HP	22
C. Cambio del órgano de administración de HP	23
D. Autorización de la Junta General de HP para la adquisición del 100% de HP por parte de ABC y XYZ.	23
8. ¿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)?	23
A. Análisis del pacto relativo a la formación Consejo de Administración	24
B. Análisis del pacto relativo al derecho de veto de XYZ.....	26
C. Análisis del pacto relativo a la gestión del día a día por parte de XYZ.....	27
9. 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? 28*
- 10. 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 ABC no dispone de más activos en balance aparte de HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse? 29*
- 11. 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? 31*
- 12. 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? 34*
- 13. 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?.. 37*
- 14. 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?..... 39*

1. Introducción y conclusiones principales

En el presente informe se evalúa la solicitud de las Sociedades ABC Capital EU S.A.R.L. (“ABC”) y XYZ, S.L. (“XYZ”), el análisis de la operación de adquisición conjunta del 100% del capital social de la Sociedad Hidro Power, S.L. (“HP”), conforme a la información aportada, así como las formalidades y particularidades que presenta la operación para su realización.

Sobre la base de la información aportada y las distintas normativas que entran en juego para el análisis de la operación, podemos concluir que:

- ABC, sociedad extranjera, puede adquirir participaciones en la sociedad española HP, mientras que obtenga un N.I.F. español, una manifestación sobre la titularidad real, justificación documental del pago y del medio a través del cual se ha realizado. También, al ser considerada la adquisición del 90% de HP por parte de ABC como una inversión extranjera, se deberá de solicitar la autorización previa preceptiva del Consejo de Ministros antes del cierre, no la firma, de la operación. Igualmente, en relación con las normas de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, el asesor legal podrá solicitar a las empresas que forman parte de la operación, diversa documentación relativos a su identidad y actividad empresarial y/o profesional en el marco de la normativa aplicable.
- A efectos de comparecer ante notario, ambas sociedades, ABC y XYZ han otorgado un poder especial en sus respectivos domicilios. XYZ ha otorgado el poder especial ante notario español y por tanto, se indica una checklist con las formalidades comunes a todos los poderes especiales otorgados ante notario español. Por otro lado, ABC ha otorgado un poder especial ante notario luxemburgués, y por tanto este poder debe de estar sujeto a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico español, entre otras, que el notario luxemburgués realice funciones equivalentes a la de los notarios españoles, que se le considere capaz para otorgar ese poder y que se realice una traducción jurada al español del poder.
- Existen formalidades adicionales que se deben de tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición o acciones a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de compraventa. En este sentido, se deberá de solicitar la correspondiente autorización administrativa previa a la adquisición relativa al cambio de titularidad de

la concesión de las centrales hidráulicas y una posterior inscripción de esta en el Registro de Aguas. Igualmente, se deberá de aportar una mayor información sobre el volumen de negocio de ABC y XYZ y sobre sus actividades y activos para poder establecer con claridad si existe una obligación de notificar a la CNMC la operación como una concentración. Además, se necesitará obtener la autorización de la Junta General de HP para la adquisición del 100 % del capital por parte de ABC y XYZ. Por último, se sugiere realizar el cambio del órgano de administración de HP con carácter simultáneo a la ejecución de la compraventa.

- Se recomienda a ABC y XYZ suscribir un pacto de socios donde se incluya una cláusula que prevea la representación proporcional en HP para el nombramiento de consejeros, en conjunción con la inclusión de un voto múltiple a favor de XYZ regulado en los Estatutos Sociales de la sociedad, para que ABC pueda nombrar a dos Consejeros y XYZ a un Consejero del Consejo de Administración. Igualmente, se recomienda pactar un derecho de veto en favor de XYZ para la aprobación de contratos con los socios pero se sugiere no establecer un derecho de veto para la aprobación de las Cuentas Anuales por un posible peligro de bloqueo de la sociedad. Además, se recomienda la inclusión en estatutos de penalidades a XYZ en caso de incumplimiento de sus obligaciones bajo un posible contrato de gestión.
- Se recomienda cubrir la contingencia fiscal relevante por IVA identificada con la figura de la *indemnity*, en vez de a través de las figuras de las manifestaciones y garantías, ya que se trata de un riesgo donde existe una certeza de que se va a materializar en un momento posterior y esta figura tiene exactamente esta finalidad.
- La utilización de la totalidad o parte de los 500 millones de euros que HP tiene disponibles en su caja por parte de ABC y XYZ para pagar el precio de compra de HP causaría que las sociedades recayeran en asistencia financiera prohibida. Como alternativas, ABC y XYZ tienen la posibilidad de realizar la compra de las participaciones de HP utilizando financiación externa o financiación interna propia.
- El órgano de administración, en este caso el Consejo de Administración, y la Junta General tienen la competencia para cambiar el domicilio social de HP. El cambio de domicilio se deberá de elevar a escritura pública, se deberá de proceder a modificar los Estatutos Sociales para incluir este cambio y posteriormente se deberá de inscribir en el Registro Mercantil. También se deberá de comunicar el cambio a la Tesorería

General de la Seguridad Social y a la Administración Tributaria. Adicionalmente, el órgano encargado de revocar los actuales poderes generales vigentes y de otorgar unos nuevos es el Consejo de Administración. Se deberá de realizar ante notario para elevarlo a escritura pública y posteriormente proceder a su inscripción en el Registro Mercantil para que se inscriba en la Hoja Registral de la sociedad.

- No se observa ninguna restricción a la refinanciación de las deudas de HP por el sindicato bancario alemán, más que la compensación de la devolución de los préstamos participativos con una ampliación de la misma cuantía en sus fondos propios. Además, se recomienda estudiar el clausulado del contrato de financiación suscrito con Banco Español, S.A. en caso que la resolución anticipada o el cambio de control de HP conlleve el pago de indemnizaciones por parte de HP.
- Es posible sustituir el contrato de operación y mantenimiento suscrito anteriormente con O&M por un contrato con una sociedad del grupo ABC. Si el contrato es superior a 100 millones de euros, será aprobado por la Junta General, y de ser inferior, será aprobado por el Consejo de Administración. Se debe de advertir que, respectivamente, ABC y los administradores nombrados por esta incurrirían en conflicto de interés y que existe un posible riesgo de que se impugne el acuerdo social. Igualmente, se recomienda revisar el clausulado del contrato con O&M antes de su resolución para identificar la existencia de cualquier cláusula que pueda obligar a HP al pago de cualquier penalización por resolver el contrato antes de su fecha de término o cualquier obligación que derive de este acto.

2. Consulta y alcance del asesoramiento

El análisis de la consulta planteada se basa en la información proporcionada por ABC y XYZ en el marco de las conversaciones previas con el despacho, así como en la información pública disponible, incluyendo, entre otros, la normativa vigente reguladora del derecho mercantil.

Igualmente, es preciso tener en cuenta que en el análisis se ha considerado tanto la legislación relevante como la jurisprudencia de los tribunales españoles y europeos, así como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (“DGRN”). En este sentido, el criterio de los tribunales como la legislación o resoluciones de la DGRN podrían evolucionar en el tiempo, por lo que las

conclusiones aportadas podrían tener que revisarse en caso de que se produjese cualquier cambio significativo a este respecto.

3. Antecedentes relevantes

La presente sección describe la información aportada por ABC y XYZ en el actual contexto para la adquisición conjunta del 100% del capital de HP.

La sociedad ABC Capital EU S.A.R.L. (“ABC”) es una entidad luxemburguesa dedicada a la inversión en diversos proyectos de infraestructuras en la Unión Europea. El capital de ABC es 100% titularidad de la sociedad ABC Global Ltd. (“Global”), entidad radicada en Islas Vírgenes Británicas que, a su vez, es una entidad 100% participada por el ABC Trust, un fideicomiso de derecho anglosajón con domicilio en Bermudas (el “Trust”).

El capital social de HP asciende de 1.000.000€ dividido en 1.000.000 de participaciones sociales, todas ellas titularidad de Inversiones Españolas, S.A. (“IESA”). HP está gestionada por un administrador único y no tiene trabajadores.

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

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

El balance simplificado (en millones de euros) de HP, a fecha 31 de junio de 2022, es el siguiente:

ACTIVO		PASIVO	
500	Caja	Capital	1
500	Maquinaria	Reservas	499

	Deuda Socios	100
	Deuda Bancos	400
100		1000

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

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

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

4. Legislación aplicable

La legislación aplicable en el presente análisis comprende la siguiente normativa:

- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010.
- Reglamento de la UE 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012.
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.
- Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.
- Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 9/2015 de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

5. Puede ABC adquirir participaciones en una sociedad española y, en su caso, que 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?

ABC puede adquirir participaciones en una sociedad española, ya que no hay una norma en el ordenamiento español que impida la adquisición de acciones de una sociedad española por una sociedad extranjera. Aun así, existen requisitos y formalismos que ABC tendrá que cumplir para adquirir estas participaciones.

Se debe de establecer que al ser HP una sociedad limitada, la intervención de fedatario público en la adquisición de sus participaciones sociales es necesaria en todos los casos. A estos efectos, ABC necesitará un poder para comparecer como comprador ante notario. Al ser ABC una sociedad extranjera, el poder no será otorgado ante notario español, por lo tanto tendrá que cumplir una serie de formalidades que se abordarán en el siguiente apartado del presente Memorándum. En este sentido, ABC deberá de aportar aparte del poder la siguiente documentación al notario.

Primero, se deberá de aportar N.I.F del vendedor y del comprador. A estos efectos, como se ha establecido anteriormente, la sociedad ABC es extranjera y por tanto se puede presuponer que no tendrá un número N.I.F español. El N.I.F español podrá ser solicitado en España, en la Agencia Estatal de Administración Tributaria o en el extranjero, en las oficinas consulares de España en el exterior. Los documentos y pasos para obtenerlo serán los siguientes:

- Certificado o Extracto del Registro Mercantil original del domicilio de residencia de la sociedad, apostillado y traducción jurada del mismo, donde aparezca necesariamente la denominación, domicilio, fecha de constitución, capital social y representante/s (en todo caso, deberá aparecer como representante el firmante del modelo 036 que se presentará posteriormente). El Certificado deberá ser reciente y la apostilla no superior a 3 meses.
- Fotocopia del pasaporte, D.N.I o N.I.E de cada representante

Después de esta presentación, uno o dos días después, se podrá obtener el N.I.F de la entidad extranjera a través del modelo 036. Este modelo debe de estar firmado por el representante legal que figure en el certificado mencionado anteriormente o apoderado de la compañía. La documentación necesaria para este trámite será la siguiente:

- Fotocopia del D.N.I o N.I.E y pasaporte (copia de la primera página donde figura la firma) del firmante del modelo 036 y/o del representante legal.
- El certificado original o extracto del Registro mercantil indicado anteriormente.
- Si se solicita a través de representante apoderado: (i) Fotocopia del DNI o NIE del apoderado; (ii) acreditación de que tiene poder suficiente en su caso debidamente traducido (traducción jurada), con certificación notarial y legalizado y/o apostillado.
- Asimismo, se debe advertir que para la confección del modelo 036, será necesario indicar un domicilio en España a efectos de notificaciones.

Segundo, se deberá de aportar la manifestación sobre el titular real - tanto para el comprador como para el vendedor-. Al ser el comprador, ABC, una persona jurídica, se podrá aportar un acta notarial de manifestaciones de titularidad real o declararse en la propia escritura. Este acta de manifestaciones de titularidad real se otorga en cumplimiento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Tercero, se deberá de aportar la justificación documental del pago y del medio a través del cual se ha realizado. En concreto, si el precio se recibió con anterioridad al otorgamiento, su cuantía y así como si se efectuó con cheque u otro instrumento de giro o mediante transferencia bancaria.

Por último, en virtud del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (“Real Decreto frente al impacto económico), la compra del 90 % del capital de HP por parte de ABC se considera una inversión extranjera directa en España, al estar este participado al 100% por Global, entidad radicada en Islas Vírgenes Británicas que, a su vez, es una entidad 100% participada por el ABC Trust, un fideicomiso de derecho anglosajón con domicilio en Bermudas. A estos efectos, el artículo 7 bis del mencionado Real Decreto establece que se consideran inversiones extranjeras directas en España *“todas aquellas inversiones realizadas por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio cuando el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.”* (subrayado añadido). Igualmente, la operación sería considerada como

inversión extranjera al ser realizada en uno de los sectores indicados en el artículo 7 bis.2.a) y b) del mismo texto legal (infraestructuras críticas, incluidas las infraestructuras de energía, y suministro de insumos fundamentales, en particular energía).

Por tanto, al ser considerada la adquisición como una inversión extranjera, en virtud del artículo 6 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (“Ley sobre movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior”), se necesitará autorización administrativa previa al cierre, que no la firma, de la operación, por lo que se deberá de remitir el formulario para el procedimiento de escrutinio de inversiones extranjeras (coloquialmente conocido como “*FDI filing*”). Esta autorización previa será aprobada por el Consejo de Ministros y el plazo máximo para resolver la autorización es de seis meses. Además, se debe de establecer que este mecanismo es preceptivo y por tanto si el cierre de la operación se lleva a cabo sin la autorización de la Administración, la operación carecerá de validez y efectos jurídicos y, simultáneamente, se impondrá una multa que podrá ascender hasta el contenido económico de la operación.

En relación con las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, la realización de determinadas operaciones en España conlleva que se exija a quienes pretenden tomar parte en ellas, de forma previa a la ejecución de dichas operaciones, la aportación de ciertos documentos relativos a su identidad y actividad empresarial y/o profesional en el marco de la normativa aplicable de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Estas obligaciones vienen recogidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante, “Ley 10/2010”) y en el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010 (en adelante, “Real Decreto 304/2014”).

En este sentido, ABC no es un sujeto obligado por la normativa aplicable de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, pero deberá facilitar a la asesoría legal que se haga cargo de la operación una serie de información y documentos, ya que éstos son sujetos obligados por la anteriormente mencionada normativa. Es por tanto que ABC deberá de facilitar a su asesor legal la siguiente información:

- Se deberá de aportar un documento fehaciente a efectos de identificación formal. En este sentido, debe de ser un documento público que acredite su existencia y contengan su denominación social, forma jurídica, domicilio, identidad de sus administradores, estatutos y número de identificación fiscal. Asimismo, se debe de establecer que estos documentos deben de encontrarse en vigor en el momento donde se establecen las relaciones de negocio.
- Se deberá de aportar la identificación del titular real, es decir, una declaración responsable de la persona que tenga atribuida la representación de la persona jurídica. Esta persona será la que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que a través de acuerdos o disposiciones estatutarias o por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica.
 - En este sentido, dada la particular estructura de ABC, en concreto la estructura de ABC Trust, el fideicomiso de derecho anglosajón, presenta riesgos superiores al promedio por su estructura, como establece el artículo 9.5 del Real Decreto 304/2014. Por tanto resultará preceptiva la obtención por el sujeto obligado de documentación adicional o de información de fuentes fiables independientes para acreditar la titularidad real en este caso.
- Igualmente, también se deberá de aportar información sobre el propósito e índole de la relación de negocios, con el fin de conocer la naturaleza de la actividad empresarial del cliente, ya que así se desprende de un primer análisis de riesgo. En este sentido, se deberá de proporcionar el último impuesto de sociedades, cuentas anuales, memoria anual de actividad o informe de auditoría externa anual.

Asimismo, al ser ABC un cliente no residente en España, la asesoría jurídica encargada de la operación, en función de un análisis de riesgo, puede solicitar alguna o varias de las siguientes medidas reforzadas de diligencia debida: a) Actualizar los datos obtenidos en el proceso de aceptación del cliente. b) Obtener documentación o información adicional sobre el propósito e índole de la relación de negocios. c) Obtener documentación o información adicional sobre el origen de los fondos. d) Obtener documentación o información adicional sobre el origen del patrimonio del cliente. e) Obtener documentación o información sobre el propósito de las operaciones. f) Obtener autorización directiva para establecer o mantener la relación de

negocios o ejecutar la operación. g) Realizar un seguimiento reforzado de la relación de negocio, incrementando el número y frecuencia de los controles aplicados y seleccionando patrones de operaciones para examen. h) Examinar y documentar la congruencia de la relación de negocios o de las operaciones con la documentación e información disponible sobre el cliente. i) Examinar y documentar la lógica económica de las operaciones. j) Exigir que los pagos o ingresos se realicen en una cuenta a nombre del cliente, abierta en una entidad de crédito domiciliada en la Unión Europea o en países terceros equivalentes. k) Limitar la naturaleza o cuantía de las operaciones o los medios de pago empleados.

6. 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?

Antes de abordar la cuestión que nos incumbe, se debe de matizar que ABC es una entidad luxemburguesa y que XYZ es una sociedad española. Es por tanto que se entiende que ABC ha otorgado el poder especial en Luxemburgo y XYZ ha otorgado el poder especial en España. Como la regulación de ambas situaciones es diferente, se procederá a analizar las formalidades necesarias del poder otorgado en España de XYZ y después se procederá a analizar las formalidades necesarias del poder otorgado en Luxemburgo de ABC.

A. Formalidades del poder otorgado ante notario español de XYZ

Primero, se debe de establecer que al ser un poder especial, se entiende por tanto que este no es general y está limitado a la compraventa de HP por XYZ. En este sentido, ya que se desprende de la información aportada que los poderes notariales ya han sido otorgados, se recoge a continuación una checklist de las formalidades que deberá de recoger el poder notarial otorgado ante notario español de XYZ para ser admitido por el notario autorizante de la operación:

- I. Primero, se deberá de establecer la fecha y el lugar de donde se otorga este poder notarial.
- II. Los datos de la persona que concede el poder, siendo estos el nombre y apellidos, estado civil, domicilio y documento de identidad aportado (de manera que quede suficiente

identificado). Igualmente, se deberá de establecer que la persona que concede el poder tiene capacidad necesaria para otorgarlo.

- III. Se deberá identificar quién o quiénes resultan autorizados para actuar, indicando su nombre, apellidos y número de documento de identidad aportado. En base a la información aportada, no hay motivos para interpretar que el poder especial vaya a ser conferido a más de una persona por tanto, no se procederá al análisis de este régimen.
- IV. Es necesario determinar en el poder el acto concreto para lo que se conduce, en el presente caso, la compraventa de HP por XYZ. Es por tanto que se deberá de delimitar el objeto del poder.
- V. Finalmente, se necesitarán las firmas originales.

B. Formalidades del poder otorgado ante notario luxemburgués de ABC

En virtud a los reglamentos en sede de Justicia Civil de la Unión Europea y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de la cooperación jurídica internacional en materia civil, se permite la utilización de apoderamientos otorgados ante un notario extranjero y por tanto, es indiscutible que afectos de comparecer ante notario en España para otorgar la compraventa, ABC pueda aportar un poder especial en su respectivos domicilio, siempre que este esté sujeto a los parámetros establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Se debe de establecer que, en base a la insuficiencia de la información aportada, el poder especial de ABC otorgado en su respectivo domicilio se puede dar de dos formas diferentes. Primero, ABC ha podido comparecer ante un cónsul español en su respectivo domicilio y otorgar el correspondiente poder notarial. Así pues, el cónsul español exigirá la documentación que considere necesaria y procederá a otorgar una escritura pública de apoderamiento en español a favor de los socios. Se ha de establecer que este poder notarial podrá utilizarse directamente en España. Segundo, ABC podría haber otorgado el poder notarial ante un fedatario público extranjero en su respectivo domicilio.

Como se ha establecido, si se hubiese otorgado el poder notarial por un cónsul extranjero este sería de utilización directa en España y, por tanto, se analizará en este punto los requisitos y formalidades en caso de que el poder hubiese sido otorgado por un fedatario público extranjero en su respectivo domicilio.

En concreto, como se ha establecido por numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (“DGRN”) la presentación al notario autorizante de la operación de un poder otorgado fuera de España, y por tanto otorgado por un notario extranjero, requiere un análisis jurídico conforme a los artículos 10.1 y 11.1 del Código Civil, los cuales establecen la remisión respecto de la suficiencia del poder, a la ley española a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas, de no mediar sometimiento expreso, y por otro lado, a su análisis de equivalencia de forma en España, forma que habrá de regirse por la ley del país en que se otorguen. Es por tanto que se deberá de analizar desde una perspectiva material como formal el poder otorgado en el extranjero.

Así pues, ya que se desprende de la información aportada que los poderes notariales ya han sido otorgados, a continuación se indica una checklist de las formalidades que el poder notarial otorgado ante notario luxemburgués de ABC deberá de cumplir para ser aceptado en España y, en consecuencia, para ser admitido por el notario español autorizante de la operación, en base a la doctrina de las Resoluciones de la DGRN:

- I. Que el documento esté redactado o legitimado por un notario y dentro de su ámbito territorial de competencia. En este sentido, el poder podrá ser otorgado ante una autoridad extranjera, pero será necesario que la autoridad autorizante realice funciones equivalentes a las de los notarios españoles. La Resolución de la DGRN de 17 de abril de 2016 establece que esta equivalencia, que se puede acreditar de distintas formas, no es estrictamente necesaria que se indique por el notario autorizante que, de acuerdo con su ordenamiento, sus funciones son equivalentes a las de un notario español (en esencia, que no se limita a dar certeza de la fecha, sino que también realiza un juicio de capacidad) y que en el caso ha realizado tales controles. Aun así, resulta recomendable que se haga por el notario luxemburgués ya que facilita la prueba de ello al ser un sistema extranjero que puede ser desconocido por el notario español.
- II. Que se identifique al compareciente, en este caso, a ABC.
- III. Que se le considere capaz para otorgar el poder. Este requisito de capacidad viene relacionado con lo ya establecido en el punto (I) de la presente checklist.
- IV. Que el compareciente consienta o asuma el documento mediante su firma en presencia del Notario, sin que quepan legitimaciones en blanco, validaciones mecánicas o aseveraciones caligráficas.

- V. Que el documento presente garantías de integridad en sus hojas, sea por su numeración, por la utilización de sellos u otros medios.
- VI. Que el documento esté redactado en un idioma que permita su inteligibilidad por compareciente y Notario, lo cual se podrá entender así cuando se trate del idioma nacional común a compareciente y notario. Al entender que el notario luxemburgués y el notario español no tendrán un idioma nacional común, se deberá de realizar una traducción jurada al español.

Igualmente se debe de establecer que, en virtud del Reglamento de la UE 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, al ser un documento notarial expedido en un Estado Miembro de la Unión Europea, este queda exento del procedimiento de la “apostilla” aprobado por la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961 o bien a través de un cónsul español en el extranjero.

7. ¿Existe alguna formalidad adicional que debemos tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición o alguna acción a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de compraventa?

En suma a lo establecido en el apartado 5 y 6 del presente Memorándum, y en base a la información aportada por las partes, se identifican las siguientes formalidades adicionales que se deben de tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición de HP por parte de ABC y XYZ y las acciones a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de compraventa.

A. Autorización administrativa previa relativa al cambio de titularidad de la concesión de las centrales hidráulicas y posterior inscripción de esta en el Registro de Aguas.

La utilización del agua para producción de energía eléctrica está regulada en su faceta de recurso hidráulico por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (“Ley de Aguas”). En concreto, el artículo 2 de la Ley de Aguas establece que constituyen el dominio público hidráulico del Estado los siguientes elementos:

- Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.
- Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
- Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

Los bienes de dominio público hidráulico forman parte del dominio público del Estado. El carácter de dominio público estatal les da unas connotaciones especiales, tales como ser públicos de titularidad estatal, ser imprescriptibles, inalienables e inembargables. En lo que se refiere a los usos y aprovechamientos de estos bienes de dominio público hidráulico, se establece el instrumento administrativo previo a su obtención que es la concesión.

En este sentido, como se establece en la información aportada, HP es titular del 25% de las centrales hidráulicas en España, de las que HP tiene la titularidad de las concesiones. Al ser adquirida HP en su integridad conjuntamente por ABC y por XYZ, esta adquisición comporta la transmisión del título concesional de las centrales hidráulicas, que pasaría a estar a manos de ABC y XYZ. Así pues, como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, ha identificado que se produce una cesión del contrato con la transmisión de la totalidad de participaciones en una sociedad y por tanto, podemos establecer que se produce una transmisión de la titularidad de las concesiones de las centrales hidráulicas.

Al cambiar el accionariado de HP, se considera que se está produciendo un cambio en la titularidad de las concesiones de las centrales hidráulicas. Es por tanto que ABC y XYZ, siendo los nuevos titulares de las centrales hidráulicas de HP, deberán de solicitar una autorización administrativa previa, que en virtud del artículo 146.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, deberá ser presentada con la solicitud del cambio de titularidad de la concesión.

En este sentido, como establece el artículo 103 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (“Reglamento del Dominio Público Hidráulico”), *“La transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o la constitución de gravámenes sobre los mismos requerirá autorización administrativa previa.”*. Igualmente, como establece el artículo 146 de

la misma norma, “Cuando cambie la titularidad de una concesión, el nuevo titular deberá solicitar mediante instancia presentada ante el Organismo de cuenca la oportuna inscripción de transferencia en el Registro de Aguas regulado en la sección 12.ª de este capítulo, aportando la documentación indicada en los artículos siguientes.” (subrayado añadido).

Dependiendo de donde esté ubicada la central hidráulica la concesión será otorgada y supervisada por una Confederación Hidrográfica diferente. En la información aportada, no se aporta dónde están ubicadas en España las centrales hidráulicas de HP, por lo que se realizará un análisis común a todas las Confederaciones Hidrográficas de cambio de titularidad de la concesión, si bien se advierte que se deberá de analizar en un momento posterior la regulación exacta de la Confederación Hidrográfica a la que pertenecen las centrales hidráulicas para un análisis más detallado y exhaustivo.

Es por tanto que antes de la adquisición de HP por ABC y XYZ, se deberá de solicitar una autorización administrativa previa a la Confederación Hidrográfica correspondiente de la central hidráulica. Igualmente, cuando se conceda esta autorización administrativa previa, ABC y XYZ deberán de solicitar a la Confederación Hidrográfica correspondiente la inscripción de transferencia en el Registro de Aguas, esto es, el cambio de titularidad de la concesión.

Igualmente, se debe advertir que el plazo para solicitar la inscripción del cambio de titularidad de la concesión a la Confederación Hidrográfica es en los tres meses siguientes a producirse el cambio de titularidad. Es por tanto que se recomienda que una vez cerrada la adquisición de HP por parte de ABC y XYZ, se realice la solicitud correspondiente.

B. Evaluación de la compraventa bajo la normativa de control de concentraciones y posible notificación a la CNMC

Es importante establecer que solamente se analizará la posibilidad de una notificación de la posible concentración a la CNMC y no a la Comisión, ya que en base a los datos aportados por el cliente y la naturaleza de la operación se entiende que la operación no tendrá dimensión comunitaria, llegando a superar el umbral de volumen de negocio indicado en el artículo en el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento 139/2004”). Igualmente, se ha asumido que la operación tampoco será notificable en otras jurisdicciones fuera de España.

Igualmente, es importante establecer con carácter previo el concepto de cambio de control utilizado en el derecho de la competencia. En este sentido, el artículo 7 de la Ley 15/2007, de

3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LCD”) y el Reglamento 139/2004 establece que la definición de concentración económica conlleva que exista un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas. La definición de control y cambio de control es por tanto fundamental para la delimitación de si hay o no una concentración y por tanto si existe necesidad de notificar a la CNMC la operación.

En el caso que nos ocupa, se debe establecer que ABC y XYZ van a adquirir, conjuntamente, el 100% del capital social de HP, la cual es una entidad de capital privado titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España. Igualmente, se debe de establecer que la operación implica la adquisición por parte de ABC de un 90% del capital social de HP y la adquisición por XYZ del 10% restante. A priori, se debe de establecer que la operación generará un cambio de control exclusivo por parte de ABC relativo al artículo 7.1.b) de la LDC, ya que la adquisición por XYZ el 10% del capital no generaría que esta tuviese un control de acuerdo con el derecho de la competencia sobre HP. Aún así, como se establece en la información aportada por las partes, XYZ quiere poder participar en la toma de decisiones de HP y, con relación a determinadas materias de especial relevancia (e.g. aprobación de CCAA, contratos con los Socios, etc.) disponer de derecho de veto.

Según la jurisprudencia y directrices europeas, cuando una sociedad tiene tal influencia en otra, que es posible para la primera ejercer control de las decisiones estratégicas en la segunda, como son el control por derecho a veto de las Cuentas Anuales, estaríamos dentro de la definición de control de derecho de la competencia. Aunque se analizará en el punto 4 del presente Memorándum la decisión de otorgar a HP un derecho de veto de las Cuentas Anuales de HP, y se concluirá que no es acertado garantizar tal derecho en base a que esto cause una fácil situación de bloqueo en la sociedad, en el caso de que se otorgue, se deberá de analizar la existencia de una posible notificación de la operación a la CNMC por adquisición de control conjunto, de ABC y de XYZ, en HP relativa al artículo 7.1.c) y 7.2.b) de la LDC. Es por tanto que, para analizar todas las posibilidades, se estudiarán ambas opciones en este apartado.

Antes de analizar ambas de las situaciones anteriormente descritas, se debe de establecer el régimen general de notificación de una concentración a la CNMC. El sistema impuesto por la LDC establece dos umbrales alternativos en el artículo 8.1.a) y b): la cuota de mercado de las partes y su nivel de facturación global. Es por tanto que, en caso de que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico

definido dentro del mismo, o que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros, la operación es notificable a la CNMC para que esta evalúe su afectación a la competencia.

Tras esta breve introducción y análisis, se analizará la posibilidad de notificación a la CNMC de la operación, como control exclusivo de ABC en el caso que no se otorgue el derecho de veto de las Cuentas Anuales a XYZ, y el control conjunto de ABC y XYZ en el caso de que a esta se le otorgue el mencionado derecho de veto.

a. Notificación de la adquisición de control exclusivo de ABC sobre HP

En base a la información aportada por las partes, se debe descartar una posible notificación a la CNMC en base al umbral de cuota de mercado. Como se establece, HP es titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España. Aún así, ABC no tiene actividad en centrales hidráulicas y tampoco tiene ningún otro activo que podría sugerir su análisis dentro del mismo mercado.

Sobre el umbral de facturación global, la información aportada por las partes no incluye su volumen de negocios global ni en España, por lo tanto se recomienda a ABC analizar su volumen de negocios para establecer si este supera los 240 millones globales y los 60 millones de euros en España. En este sentido, en el caso de que se supere este volumen de negocios, es bastante probable que la CNMC autorice la operación con celeridad ya que, por la información aportada, difícilmente la operación tendrá una afectación a la competencia que haga que la CNMC tenga que investigar a fondo la operación, imponer compromisos a ABC o denegarla.

b. Notificación de la adquisición de control conjunto de ABC y XYZ sobre HP

Como se ha establecido anteriormente, en el caso de que se otorgue a XYZ un derecho de veto sobre las Cuentas Anuales, la operación podría dar lugar a un control conjunto de ABC y XYZ sobre HP en el caso de que se cumplan los umbrales anteriormente mencionados.

Sobre el umbral de cuota de mercado, se debe establecer que mientras se entiende que ABC no ostenta cuota de mercado en el mercado de centrales hidráulicas en España, se establece que XYZ tiene gran experiencia en la gestión de este tipo de activos, entendiéndose por tanto que la mercantil puede tener el control de alguna otra central hidráulica en España o cualquier otro

activo que pueda entenderse abarcado en el mismo mercado. En este caso, se recomienda un análisis profundo de los precedentes de la CNMC o de la Comisión Europea en el mercado de las centrales hidráulicas, para poder delimitar con exactitud el mercado del producto y el mercado geográfico, análisis que se escapa del presente Memorandum. Es por tanto que se deberá de analizar los activos de XYZ para poder determinar con rigor si la operación superará el umbral de cuota de mercado establecido por la LDC y por tanto si la operación es notificable ante la CNMC.

Sobre el umbral de volumen de negocios, tampoco se aporta información sobre el volumen de negocios global y en España de ABC y XYZ. Es por tanto que si las partes tienen un volumen de negocio global superior a 240 millones de euros, y cada una de ellas tienen un volumen de negocio en España superior a 60 millones de euros, la operación sería notificable ante la CNMC.

C. Cambio del órgano de administración de HP

Igualmente, con carácter simultáneo a la ejecución de la compraventa, se deberá de cambiar el órgano de administración de HP en los términos que se desarrollan en el apartado 8 y 9 del presente Memorandum.

D. Autorización de la Junta General de HP para la adquisición del 100% de HP por parte de ABC y XYZ.

Igualmente, se debe de establecer que anterior a la ejecución de la compraventa, en virtud del artículo 160.f de la LSC, el cual establece que es competencia de la Junta General deliberar y acordar *“La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”* (subrayado añadido). Es por tanto que la adquisición del 100 % del capital de HP por parte de ABC y XYZ, implica la necesidad de obtener una autorización previa de la Junta General.

- 8. ¿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)?**

La razón y validez de los pactos de socios emana conjuntamente del artículo 1.255 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (“Código Civil”), el cual establece que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*. Asimismo, el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), también reconoce la validez de estos pactos, estableciendo: *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*.

En este sentido, como establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 300/2022, de 7 de abril de 2022, donde se establece la inoponibilidad de los pactos sociales a todos los socios que no sean firmantes, inclusive la propia sociedad que no es parte de dichos acuerdos. El Tribunal Supremo fundamenta esa afirmación en los anteriormente mencionados artículos 29 de la LSC y 1.255 del Código Civil. Así pues, los pactos parasociales únicamente surten efectos entre las partes firmantes y se consideran fuerza de ley entre estas.

Una vez establecido el régimen legal de los pactos de socios, se debe de establecer que es un mecanismo flexible, y son aquellos contratos llevados a cabo por dos o más socios de una sociedad que buscan regular cuestiones societarias no establecidas por sus estatutos o complementar las relaciones internas, legales o estatutarias por las que se rige la sociedad.

En este sentido, se establece que las partes quieren que HP pase a estar administrada por un Consejo de Administración formado por 3 consejeros, siendo dos de ellos nombrados por ABC y el restante por XYZ. También se establece que XYZ quiere poder participar en la toma de decisiones en HP y, correlación a determinadas materias de especial relevancia (e.g. aprobación de CCAA, contratos con los Socios, etc.) disponer de un derecho de veto. Es por tanto que se realizará un análisis separado de las presentes cuestiones.

A. Análisis del pacto relativo a la formación Consejo de Administración

Esta especialidad de puede incluir en el pacto de socios de las siguientes maneras:

Primero, se podrá establecer directamente en el pacto de socios que el órgano de gobierno de la sociedad HP va a ser un Consejo de Administración, el cual va a estar formado por 3 consejeros. En este pacto de socios por lo tanto también se regulará que se incluya un apartado donde se establezca que los socios, ABC y XYZ, pactan que ABC podrá nombrar a dos

consejeros del Consejo de Administración y que XYZ podrá nombrar a un Consejero. Aún así, se configura como opción preferida la siguiente alternativa.

Segundo, en base a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28.03.2022, se acepta la inclusión de una cláusula que prevé la representación proporcional en una sociedad limitada, tomando como base el texto del artículo 243 LSC que regula la representación proporcional de la sociedad anónima. En su resolución, la Dirección General extiende la aplicación de este sistema también en S.L. En este sentido, la única diferencia con la S.A. reside en que, en estas últimas, el sistema nace de la propia ley mientras que en las S.L. esta posibilidad debe estar expresamente prevista en estatutos. En concreto, este artículo establece que *“En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción”*.

Bajo este precepto, en el caso concreto, podemos establecer que aunque se incorporase en el pacto de socios, para el nombramiento del Consejo de Administración de HP aplicará un sistema proporcional, el sistema proporcional no produciría el fin que las partes quieren (que ABC nombre a 2 consejeros en el Consejo de Administración y que XYZ pueda nombrar a 1 consejero), ya que como se ha establecido anteriormente, XYZ solamente ostenta un 10% del capital social de HP. En este sentido, se podría modificar los votos de las participaciones de las partes, aumentando los votos de las participaciones de XYZ vía la figura de voto múltiple o voto plural para que pudiese llegar a la cifra mínima para poder designar consejero en el Consejo de Administración.

Igualmente, también se podría establecer que las acciones de XYZ tuvieran un menor valor nominal, manteniendo cada participación con un derecho de voto, lo que ocasionaría que XYZ tuviese más proporción de voto respecto a ABC y así poder llegar a la cifra mínima para poder designar al consejero en el Consejo de Administración.

En el presente caso, la combinación de ambas figuras es equilibrada y funciona. Aún así, se debe de advertir que siendo el sistema proporcional un sistema ideado para las sociedades anónimas, y teniendo en cuenta que en este tipo de sociedades la LSC no permite el establecimiento del voto múltiple, ya que la asignación de derechos tiene que ser basada en el capital ostentado, se debe de advertir que la combinación de estos mecanismos podría violentar la naturaleza de la institución del sistema proporcional.

B. Análisis del pacto relativo al derecho de veto de XYZ.

A mayor abundamiento, se establece que XYZ quiere poder participar en la toma de decisiones en HP y, correlación a determinadas materias de especial relevancia (e.g. aprobación de CCAA, contratos con los Socios, etc.) disponer de un derecho de veto.

La LSC prohíbe para las sociedades limitadas en su artículo 200.1, que los estatutos sociales exijan, para todos o algunos asuntos determinados, llegar a la unanimidad para que el acuerdo se considere adoptado. En base a la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 1991, esta prohibición alcanza tanto a las previsiones que se limiten simplemente a exigir que el acuerdo sea unánime, como a las que requieran que el acuerdo se adopte en junta con el voto favorable de todos los socios, en virtud del artículo 200.2 de la LSC. La limitación de este artículo se debe a la voluntad del legislador de impedir que el funcionamiento institucional de la compañía dependa de la voluntad de todos los socios, lo que vulneraría la organización de las sociedades de capital y la naturaleza de la junta general como órgano colegiado. Pese a las diferencias entre estatutos y pactos parasociales que se elaborarán en el apartado 9 del presente Memorándum, el mismo razonamiento aplica a ambos mecanismos.

Aunque a priori se podría entender que en base al artículo 200 LSC no se podría conceder un derecho de veto a XYZ sobre estas materias de especial relevancia, lo cierto es que la LSC permite que se contemplen mayorías reforzadas superiores a la mayoría ordinaria del artículo 198 LSC o de las mayorías reforzadas del artículo 199 LSC. Así pues, la jurisprudencia ha entendido que el análisis sobre una controversia entre inmunidad o mayorías reforzadas ha de realizarse en abstracto, por lo tanto al margen de la forma en que se encuentre distribuido el capital en un momento determinado en la sociedad y la situación en la que esta se encuentre.

Tras esta breve introducción, se debe de establecer que la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 27 de julio de 2021, estableció que la inclusión en un pacto parasocial de una mayoría reforzada del 90 por 100 del capital social para la adopción de determinados acuerdos sociales (entre ellos la modificación de los estatutos sociales, distribución de dividendos, aprobación del plan de negocios del presupuesto anual y modificación de la política salarial de los directivos de la compañía) respeta lo dispuesto en el artículo 200 LSC.

Es por tanto que se podría incluir en el pacto parasocial una mayoría reservada del 91% del capital social para la adopción de determinadas materias de especial relevancia, siendo estas la aprobación de las CCAA y los contratos con los socios.

Aunque se establece que es posible incluir estas mayorías reforzadas, lo cierto es que no se recomienda que se establezca esta mayoría reforzada para la aprobación de las CCAA. La inclusión de esta cláusula dotaría a XYZ de demasiado poder en caso de que ésta decidiese impugnar las CCAA, lo cual derivaría en un problema para HP. Como breve ilustración, que no se aprobasen las CCAA puede derivar en consecuencias de gran calibre para los socios, los administradores y la propia sociedad. En este sentido, la no presentación de las CCAA en el Registro Mercantil puede acarrear una sanción cuyo importe oscila entre los 1.200 euros y los 60.000 euros, pudiendo llegar a los 300.000 en casos de gran importancia. Igualmente, la falta de presentación para su depósito de las cuentas anuales puede causar: (i) el cierre provisional de la hoja registral, por lo que la sociedad no podrá inscribir ningún documento en el Registro Mercantil; (ii) restricciones a la financiación y a su actividad, con por ejemplo resoluciones anticipadas de la financiación externa de la sociedad o la imposición de una mala nota crediticia que puede influenciar en la decisión de otorgar financiación externa a la compañía; (iii) posible responsabilidad de los administradores de la sociedad.

Es por tanto que se recomienda la inclusión de una cláusula en el pacto parasocial donde se establezca que, para la aprobación de contratos con socios, será aplicable una mayoría reservada de un 91% del capital. Como se ha establecido anteriormente, no se recomienda incluir la aprobación de las CCAA en esta cláusula.

C. Análisis del pacto relativo a la gestión del día a día por parte de XYZ

Como se establece en la información aportada, en base a la gran experiencia que tiene XYZ en la gestión de centrales hidráulicas, ABC quiere asegurarse de que XYZ se encargue del día a día de la gestión de HP. En base a esto, encontramos que hay tres formas para materializar lo deseado por las partes de la operación. Primero, se podría realizar un contrato a XYZ de gestión de HP. Segundo, se podría incluir una prestación accesoria en el pacto de socios que obligue a XYZ a gestionar HP. Tercero, se podría realizar un contrato de gestión a XYZ e incluir una prestación accesoria en el pacto de socios.

En base a lo dispuesto, se entiende que la mejor opción para el presente caso es realizar un contrato de gestión de HP a XYZ y al mismo tiempo incluir una prestación accesoria en los estatutos de la sociedad. En este sentido, la inclusión de una prestación accesoria en los estatutos de la sociedad puede incluir penalidades que no se regulen en un contrato destinadas a garantizar que XYZ llevará a cabo la gestión de HP.

La combinación de ambos mecanismos soluciona las deficiencias que cada figura tiene por sí sola. Por ejemplo, de incluir solamente una prestación accesoria en los estatutos, si XYZ vendiese sus acciones, dejaría de estar obligado por el pacto de socios y por tanto no estaría obligado a gestionar HP. Del mismo modo, de incluir solamente un contrato obligando a XYZ a gestionar HP, no se podrían incluir penalidades como su exclusión de socio de HP por el incumplimiento de sus obligaciones.

Es por tanto que se recomienda la inclusión de penalidades que se consideren adecuadas por las partes los estatutos de la sociedad en caso de incumplimiento de las obligaciones de XYZ bajo el contrato de gestión.

9. 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?

La diferencia principal entre los estatutos y los pactos parasociales, es que los estatutos, al estar inscritos en el Registro Mercantil, son oponibles a terceros. Esto quiere decir que si la sociedad no respeta los estatutos, por ejemplo los administradores realizan actos en contra de los estatutos, los socios tienen acción para hacerlos cumplir. En cambio, los pactos parasociales son meros acuerdos entre las partes y por tanto, solo obligan a quien los firma.

Es por tanto que, mientras los pactos parasociales no contengan cláusulas que el Registro Mercantil no podría inscribir, es recomendable trasladar lo estipulado a los estatutos. En este sentido, por ejemplo, si alguno de los administradores realiza acciones en contra de lo estipulado en el pacto parasocial, XYZ y ABC tendrían una acción contra ellos.

Tras esta introducción, se debe de establecer sobre el nombramiento de los administradores que, como se ha comentado en el apartado anterior, aunque incluyamos en el pacto parasocial la articulación de un sistema proporcional y un voto múltiple para que XYZ pueda nombrar a un consejero y para que ABC pueda nombrar a 2 consejeros de los tres que tendrá el Consejo de Administración, en base a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28.03.2022, esta puede ser inscrita en el Registro.

Así pues, esta opción conlleva la creación de un voto múltiple que se refiere a que determinadas participaciones sociales den derecho a su titular a emitir varios votos, lo que se denomina voto

múltiple, rompiendo la regla general de que una participación social da derecho a un voto. En este sentido, encontramos que el artículo 188.1 de la LSC establece que “*En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto.*”. Es por tanto que la existencia de este voto múltiple sea contemplada en Estatutos, estableciendo por ejemplo que las participaciones numeradas de la 900.000 a la 1.000.000, las participaciones correspondientes a XYZ, darán derecho a emitir 4 votos.

Al establecer este voto múltiple en estatutos, el sistema proporcional funcionaría y por tanto, en base a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28.03.2022, la cláusula en el pacto parasocial que establezca la utilización de un pacto parasocial donde se establezca que para el nombramiento de administradores para el Consejo de Administración se utilizará un sistema proporcional podrá acceder al Registro Mercantil.

10. 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 ABC no dispone de más activos en balance aparte de HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse?

A grandes rasgos, las cláusulas de manifestaciones y garantías son cláusulas negociadas entre comprador y vendedor a través de las cuales el vendedor manifiesta y garantiza al comprador que, en el momento de la compraventa, determinados aspectos de la empresa objeto de venta son acordes a lo manifestado. Se manifiesta y garantiza al comprador que lo declarado por el vendedor es veraz, exacto y completo. Asimismo, a través de la figura de las manifestaciones y garantías se articulan los seguros de manifestaciones y garantías que permiten transferir el riesgo de la compraventa a un tercero (la aseguradora), para que sea ésta la que indemnice al comprador por la inexactitud, incumplimiento o negligencia del vendedor. En cuanto a la tipología, hay que diferenciar entre los seguros que suscribe el comprador (*buyer side policy*), que tienen por objeto cubrir el daño producido por el incumplimiento del vendedor, y los suscritos por el vendedor (*seller side policy*), orientados a cubrir el daño derivado del incumplimiento contractual (reclamación de un tercero) o inexactitud de las manifestaciones o garantías. En el presente caso, ya que el tipo de contingencia se materializa como un daño

producido por el incumplimiento del vendedor, al identificarse una contingencia fiscal relevante por IVA, se estará al *buyer side policy*.

A través de las manifestaciones y garantías, como forma de protección, el comprador podrá, entre otras, retener parte del precio de compra (quedando el resto supeditado al cumplimiento del vendedor), proceder al depósito de parte del precio en una cuenta de un tercero (entidad de crédito) condicionado al cumplimiento del vendedor, y solicitar al vendedor otorgamiento de aval a primer requerimiento que garantice la eventual pérdida por el incumplimiento del vendedor.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por ejemplo la STS de 2 de diciembre de 1999, la inexactitud de las afirmaciones realizadas en las manifestaciones y garantías por el vendedor ha de ser desconocida por la parte compradora para poder solicitar un resarcimiento por su incumplimiento. Aunque no se establece para quién trabaja el asesor IESA, podemos interpretar que ambas partes de la transacción, vendedor y compradores, son conocedores de esta contingencia fiscal. Es por tanto que no puede haber una cláusula de manifestaciones y garantías donde el vendedor manifieste que todas sus obligaciones están realizadas y que en caso de no estarlo, se ofrece una garantía.

A mayor abundamiento de lo ya expuesto, se deriva de esto que la figura de las manifestaciones y garantías no encaja exactamente con la problemática que tenemos enfrente. En este sentido, las partes ya han identificado una contingencia fiscal. Como se ha establecido anteriormente, la figura de las manifestaciones y garantías por parte del vendedor está ideada para cubrir daños o contingencias que no se han identificado y que ocurren en un momento posterior a la compraventa. Es por tanto que en este caso concreto, las partes son plenamente conocedoras de esta contingencia y se tendrá que aplicar una figura que por tanto exige al vendedor a cubrir esta contingencia segura en el momento que esta emerja.

Es por tanto que la alternativa en este caso a la figura de las manifestaciones y garantías es la figura de la *indemnity*. Las *indemnities* se pactan cuando el comprador conoce ciertos riesgos inherentes a la operación y por tanto la indemnity se configura como un mecanismo de resarcimiento en el supuesto de que tales riesgos se materialicen. Igualmente, a la figura de la indemnity no se le aplican limitaciones temporales o cuantitativas u otras típicas que sí que se aplican en las manifestaciones y garantías. Se trata de riesgos que se encuentran fuera de la esfera de responsabilidad del adquirente, como es en este caso, la materialización de una

irregularidad tributaria concreta como es una contingencia por IVA. Es por tanto que vía *indemnity* puede pactarse que, si Hacienda reclamase esa irregularidad concreta tras la compraventa, ésta sea satisfecha por el comprador.

Por tanto, a través de esta figura, se protege a ABC teniendo en cuenta de que, tras la operación, la mercantil no tendrá más activos en su balance que HP. Por tanto, se concluye que en base a lo anteriormente mencionado y los hechos, se recomienda identificar esta contingencia de IVA como una *indemnity* por la cual, el vendedor manifestará (o los compradores advertirán) que existe una irregularidad tributaria de una cantidad identificada, que aún no está materializada. Y que por tanto, si esta irregularidad se materializase tras la compraventa de HP y Hacienda le reclamase esta cantidad a la sociedad, los compradores podrán reclamar al vendedor esta *indemnity* de la que el vendedor se hará cargo.

11. 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?

Primero, se debe de establecer que en base al artículo 143.1 de la LSC, *“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”*.

Igualmente, encontramos que el artículo 143.2 de la LSC establece que *“La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”* (el subrayado es añadido). La asistencia financiera es por tanto definida como aquel negocio jurídico o económico por el cual una sociedad financia de cualquier manera la compra de sus propias participaciones.

Es por tanto que, con base a los artículos de la LSC anteriormente mencionados, nuestro ordenamiento jurídico establece dos prohibiciones básicas: (i) Que la sociedad lleve a cabo

cualquier prestación de garantías sobre los recursos obtenidos por el futuro adquirente para financiar la operación y (ii) El anticipar dinero al futuro adquirente de las participaciones de la sociedad para que con ese dinero lleve a cabo la compra de las participaciones de la sociedad.

En base a la información aportada, ABC y XYZ están valorando la posibilidad de utilizar la totalidad o parte de los 500 millones que HP tiene disponibles en caja para pagar el precio de compra. Se deberá por tanto valorar si esta acción será considerada una asistencia financiera prohibida relativa al artículo 143 de la LSC.

Tras lo comentado, se puede establecer que a priori, el uso de la totalidad o parte de los 500 millones que HP tiene disponibles por ABC y XYZ para la compra de la sociedad constituirá asistencia financiera prohibida. En este sentido, se cumple el “tipo” de la asistencia financiera al entregar fondos una sociedad para la adquisición de sus participaciones.

Aún así, la ratio legis de la asistencia financiera permite identificar a los bienes jurídicos que la prohibición protege, siendo estos: (i) los acreedores de la sociedad; (ii) los socios de la sociedad y (iii) el interés social de la sociedad. Es decir, que existe la posibilidad de que lo que a priori podría determinarse como asistencia financiera prohibida, sea legalmente válido al respetar la operación los bienes jurídicos que la asistencia financiera pretende proteger.

Antes de entrar al examen de la protección de estos bienes jurídicos en el supuesto concreto, se tiene que advertir que esta fórmula no es una solución segura al ser interpretativa y por tanto implica un riesgo de que la operación sea calificada como asistencia financiera, con las consecuencias que se mostrarán a continuación.

Como se establece en el Balance de Situación de HP, la sociedad tiene en caja 500 millones de euros. No es por tanto difícil de entender que en el caso de que ABC y XYZ hicieran uso de la totalidad del efectivo que HP tiene en caja no se respetarían los bienes jurídicos protegidos por la asistencia financiera. La sociedad no se podría hacer cargo de sus deudas con los acreedores, los socios saldrían perjudicados ya que la sociedad no tiene liquidez para llevar a cabo su actividad ordinaria y en conjunto, el interés de la sociedad se vería afectado. Es por tanto que se puede establecer que en ningún caso la utilización de la totalidad de la caja de HP para financiar la compra de sus participaciones podría esquivar la prohibición de asistencia financiera.

También podría darse el caso de que ABC y XYZ utilizaran parte de la caja de HP para financiar su entrada al capital de HP. En este sentido, y teniendo en cuenta de que este es un

análisis parcial al no disponer de la totalidad de la información que nos permita realizar un análisis más completo, también se entiende en este caso que no se respetan los bienes jurídicos protegidos por la *ratio legis* de la asistencia financiera. Por un lado, se podría entender que la entrada en el capital de ABC y XYZ beneficiaría a HP ya que en base a la información aportada se entiende que son empresas con fondos y, por ejemplo, XYZ tiene experiencia en la gestión de centrales hidráulicas. También se podría llegar a argumentar que el interés de los socios está salvaguardado ya que los únicos socios de HP tras la operación van a ser ABC y XYZ y ellos mismos son los que se han beneficiado de la financiación de HP. Por otro lado, de ninguna manera se podría llegar a entender que el interés de los acreedores quedaría salvaguardado con esta operación. Como expresa el Balance de Situación de HP, actualmente la sociedad tiene una deuda por 400 millones con Bancos. Aunque se utilice parte de la caja de HP para financiar la compra de sus participaciones, se crea un menoscabo a la situación de los acreedores, que se encuentran en un lugar peor al anterior a la financiación.

Tras este análisis, cabe concluir que no se recomienda la financiación por parte de HP a ABC y XYZ para la compra de sus participaciones. Como se ha analizado, esta operación incurriría en asistencia financiera prohibida, más si se tiene en cuenta que no se respetan los bienes jurídicos protegidos por la *ratio legis* de la prohibición de asistencia financiera. A mayor abundancia, la asistencia financiera prohibida tiene una serie de consecuencias:

- I. Los negocios que se articulen bajo asistencia financiera serán nulos de pleno derecho. En este aspecto hay que matizar que será nulo de pleno derecho el negocio jurídico que da efecto a esta asistencia financiera, no la compraventa de las participaciones sociales.
- II. Posibles sanciones administrativas a los administradores de la sociedad del importe de la financiación.
- III. Posible responsabilidad civil y mercantil por cuatro años.
- IV. Posible responsabilidad concursal de los administradores por dos años si la sociedad entra en concurso de acreedores.
- V. Posible responsabilidad penal.

En base a la determinación que la operación propuesta por ABC y XYZ consistiría en recaer en asistencia financiera prohibida, a continuación, se darán alternativas para el presente problema.

Primero, ABC y XYZ tienen la posibilidad de realizar la compra de las participaciones de HP utilizando financiación externa. En este sentido, en vez de recurrir a financiación interna, esto es, financiar la compra de las participaciones de HP con su propio capital, ABC y XYZ pueden utilizar fondos ajenos a la empresa. A modo de ejemplo, las empresas podrían obtener un préstamo bancario, a largo o corto plazo dependiendo de su situación financiera y de sus preferencias, para financiar la compra.

Segundo, ABC y XYZ tienen la posibilidad de pagar la totalidad del precio correspondiente a la adquisición de las participaciones de HP utilizando financiación interna, esto es, utilizando fondos propios. Además, en base a lo comentado en párrafo anterior, las empresas podrían hacer frente al pago de la adquisición utilizando una mezcla de financiación interna y financiación externa anteriormente comentada.

Tercero, se podría utilizar el reparto de dividendos para la financiación de la compra

12. 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?

Primero, se establece la necesidad de que, en acto con la adquisición de HP se traslade su domicilio social a Madrid. En este sentido, se tiene que establecer que los órganos encargados de la adopción de dicho acuerdo, el cambio de domicilio de una sociedad, son el Consejo de Administración o la Junta General, al tener competencias compartidas para este acto.

La reforma sustancial en materia de traslado de domicilio social tuvo lugar en el año 2015 con la modificación del artículo 285.2 de la LSC, a través de la entrada en vigor de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal (“Ley de Medidas Urgentes en Materia Concursal”). El artículo 285.2 de la LSC establece que *“Por excepción a lo establecido en el apartado anterior el órgano de administración será competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos. Se considerará que hay disposición contraria de los estatutos solo cuando los mismos establezcan expresamente que el órgano de administración no ostenta esta competencia.”*. Es por tanto que, se establece que es competencia de los administradores, en nuestro caso competencia del

Consejo de Administración, trasladar el domicilio social a cualquier lugar dentro del territorio nacional, salvo disposición contraria en estatutos.

Igualmente, al ser HP una compañía española, se entiende que esta anteriormente tenía el domicilio social dentro de España. Asimismo, se debe de establecer que no se tiene constancia de una disposición expresa en los estatutos de HP por la que se establezca expresamente que el órgano de administración no ostenta la competencia de trasladar el domicilio social dentro del territorio nacional. A mayor abundancia, tampoco se tiene constancia de que anteriormente a la entrada de la Ley de Medidas Urgentes en Materia Concursal hubiese una disposición expresa en los estatutos de HP limiten la competencia del órgano de administración al traslado del domicilio dentro del término municipal y aquéllas que, expresamente, establezcan que la junta general es el órgano competente para trasladar el domicilio social o requieran mayorías reforzadas en sede de junta para la adopción de dicho acuerdo. Si los estatutos de HP contuviesen estas limitaciones con anterioridad a la entrada de la Ley de Medidas Urgentes en Materia Concursal, estas disposiciones serían ineficaces.

Adicionalmente, como se ha anticipado, también es competencia el traslado del domicilio social de la Junta General. En este sentido, que el artículo 285.2 de la LSC, establezca que el órgano de administración será competente para el cambio de domicilio social no excluye que la Junta General también tenga competencia para el cambio del domicilio social. En este sentido, como establece el artículo 285.1 de la LSC, el cual establece que *“Cualquier modificación de los estatutos será competencia de la junta general”*, en conjunción con el artículo 285.2 LSC, el cual no limita la competencia de la Junta General, permite que éste órgano sea también competente para el cambio de domicilio.

Así pues, después de establecer que el Consejo de Administración y la Junta General tienen competencias compartidas para cambiar el domicilio social de la mercantil, se expone a continuación el proceso y formalidades a realizar para que el acuerdo de cambio de domicilio tenga plena eficacia.

Tras la aprobación del cambio de domicilio social por el Consejo de Administración o por la Junta General, se deberá de acudir a la notaría para poder elevar a escritura pública el cambio de domicilio social y la modificación de los Estatutos Sociales. Tras la firma y la modificación, se deberá de acudir al Registro Mercantil, para inscribir la escritura con esta modificación firmada ante notario. En este sentido, el cambio de domicilio social se realiza a una provincia distinta (de Málaga a Madrid), por lo tanto, en aplicación al artículo 19 del

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (“RMM”) este exige que la escritura pública vaya acompañada de una certificación literal de todas las inscripciones de la sociedad, emitida por el Registro Mercantil de origen. En particular, para la inscripción en el Registro Mercantil de destino (Madrid) se ha de presentar en éste una certificación literal de la hoja registral expedida por el Registro Mercantil de origen, comprensiva de todos los asientos de inscripción, a fin de que se trasladen literalmente a la nueva hoja que se abra en el Registro Mercantil de destino (Málaga).

Igualmente, aunque desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, las operaciones de cambio de domicilio social quedan exentas del Impuesto de Operaciones Societarias, se deberá de presentar en el Registro Mercantil el modelo 600 del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Después de este proceso, se deberá de comunicar esta modificación a la Tesorería General de la Seguridad Social así como presentar el modelo 036 de Declaración Censal a la Administración Tributaria, donde se deberá de presentar la escritura pública firmada por el notario y la inscripción en el Registro Mercantil.

Segundo, también se establece la necesidad de que, en acto con la adquisición de HP, revoquen los actuales poderes generales vigentes, otorgándose unos nuevos. En este sentido, se debe de volver a establecer que es el órgano de administración de la sociedad quien puede revocar los poderes actuales y también quien puede proceder a la otorgación de nuevos poderes. A esta conclusión llega la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 11 de febrero de 2014 (BOE de 4 de marzo), en la que confirma la nota del registrador respecto de la falta de competencia de la Junta.

Igualmente, se debe de establecer que aunque hayan sido los anteriores administradores de HP quienes han otorgado los poderes que ahora se quieren revocar, estos poderes se deberán de revocar por los actuales administradores ya que, quien estaba proporcionando el poder era, en realidad, la sociedad y es el actual administrador quien actuará ahora en su nombre como representante.

Se debe de establecer que hay dos tipos de revocación recogidos en el Código Civil, la revocación tácita, del artículo 1.735, que establece que *“El nombramiento de nuevo*

mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior (..)” y la revocación expresa, del artículo 1.733, que establece que *“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad (..)”*. En el presente caso, se estará a la revocación expresa ya que los socios de HP quieren que se revoquen los anteriores poderes y que se otorguen unos nuevos.

La revocación de los poderes anteriores se deberá de hacer en escritura pública. En este sentido, normalmente el notario que ha otorgado la revocación notifica al notario ante quien se otorgó el poder anterior para que en el caso de que se pretenda obtener una nueva copia del poder, conste que estos han sido revocados. Igualmente, también se recomienda que una vez otorgada la revocación, se notifique notarialmente al apoderado, solicitando que haga entrega de la copia de escritura de poder, para que no pueda seguir ejerciendo. También se recomienda la inscripción en el Registro Mercantil de la revocación ya que, si bien elevando la revocación a escritura pública ya sería suficiente, mientras esta no esté inscrita en el Registro Mercantil no tendrá plena vigencia ante terceros.

Del mismo modo, el otorgamiento de poderes conlleva unas formalidades y procedimiento similar. El otorgamiento de poderes públicos se deberá de hacer ante notario para elevarlo a escritura pública. Tras el otorgamiento, es obligación del órgano de administración proceder a la inscripción en el Registro Mercantil de dicha escritura de apoderamiento, para que se inscriba en la Hoja Registral de la sociedad. Igualmente, se debe advertir que la inscripción de la escritura de apoderamiento en el Registro Mercantil es obligatoria pero no es constitutiva, es decir, que la falta de inscripción de los poderes no supone que el apoderado no pueda actuar por la sociedad. Su inscripción simplemente hace innecesaria cualquier otra prueba para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación.

13. 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?

Como se expone en el apartado de antecedentes, actualmente, la sociedad HP tiene suscrito un contrato de financiación bancaria con Banco Español, S.A. (“BE”) por importe de 40 millones de euros. Igualmente, en el clausulado de este contrato destaca la cláusula de cambio de control, diversas garantías prestadas por los socios, etc.

Antes de realizar un análisis de las posibilidades de refinanciación de HP con el sindicato bancario alemán, se deberá de analizar el clausulado del contrato suscrito con BE para poder realizar un estudio de las consecuencias de la operación en la financiación de HP.

En este sentido, una cláusula de cambio de control se puede definir como una cláusula dentro de un contrato de financiación la cual implica que en el supuesto de que la sociedad sufra, directa o indirectamente, una variación en la distribución de la participación en su capital, se podrá resolver anticipadamente el contrato ya suscrito o incluso se pueden pactar reclamaciones de indemnizaciones. En este sentido, una cláusula estándar de cambio de control implica un cambio de control con arreglo al artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (“Código de Comercio”). Así pues, el artículo 42 del Código de Comercio establece que *“En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.”*.

En base a este artículo, podemos establecer que la adquisición conjunta de HP por ABC y XYZ constituye un cambio de control a los efectos del artículo 42 del Código de Comercio. Como se ha adelantado, las consecuencias del cambio de control en el contrato de financiación suelen ser la facultad de resolución anticipada del contrato y podría darse una reclamación de indemnizaciones o compensaciones por parte de BE, por lo tanto, al no disponer en la información aportada por ABC y XYZ de la cláusula, se recomienda hacer un análisis profundo de esta para poder estudiar las consecuencias. Igualmente, aunque la compraventa de HP por ABC y XYZ conlleva un cambio de control, se debe de establecer que existe la posibilidad de contactar a BE para que realice una aceptación de este cambio de control, es decir, que BE de su consentimiento de este cambio de control y no resuelva anticipadamente el contrato ni active las indemnizaciones en el caso de estar estas estipuladas. Es por tanto que antes de proceder a refinanciar la deuda, se sugiere conseguir la aceptación de BE sobre el cambio de control de HP, en caso de que se hayan pactado indemnizaciones o compensaciones por terminación anticipada.

Tras este análisis, se debe de establecer que el mecanismo de refinanciación de deudas conlleva gestionar la firma de un nuevo contrato de financiación, con el objetivo de pagar los préstamos de la empresa. En este sentido, la refinanciación se pretende realizar en mejores términos que los anteriores contratos de financiación, con mejores condiciones, como puede ser plazos más largos para devolver la financiación, o mejores tipos de intereses de los estipulados en los contratos de financiación que se pretenden cancelar. En este sentido, la excelente relación de ABC con el sindicato bancario alemán hace pensar a esta parte que la refinanciación de las deudas de la compañía conlleva unas mejores condiciones que las anteriores. Igualmente, no se identifica ninguna razón por la que no se pueda proceder a refinanciar la deuda de la compañía.

Igualmente, respecto a la resolución anticipada de los préstamos participativos que se otorgaron a favor de HP por importe de 100 millones de euros (la “Deuda Socios”), cuya fecha de vencimiento es 1 de enero de 2030, se debe de establecer que el artículo 20.b) del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (“Real Decreto-ley 7/1996”) establece que *“el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos”*. Es por tanto que se deberá de compensar esta devolución de los préstamos participativos de 100 millones de euros con una ampliación de la misma cuantía en sus fondos propios.

En este sentido, el mecanismo de refinanciación debe de ser el siguiente. Se deberá negociar con el sindicato bancario alemán una financiación por encima de la deuda existente de HP (esto es 600 millones de euros, al tener HP una deuda con BE por el importe de 400 millones de euros y una deuda con los socios por el importe de 100 millones de euros y tener que compensar esta devolución con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios). Esta financiación se utilizará para devolver la financiación de 400 millones de euros a BE y de 100 millones de euros a los socios y para proceder a la ampliación de 100 millones de euros de sus fondos propios. Con esta nueva financiación, HP se podrá hacer cargo de sus deudas con BE, pagando la totalidad de la financiación y por lo tanto repagando anticipadamente la deuda existente, y también se podrá repagar anticipadamente la deuda que tiene con los socios.

14. 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?

Primero, se debe de establecer la naturaleza del negocio jurídico que se quiere suscribir. En este sentido, el artículo 231 de la LSC que regula las personas vinculadas a los administradores establece que, *“a efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: los socios representados por el administrador en el órgano de administración.”*. Igualmente, el artículo 259 vicies de la LSC, el cual incluye la definición de operaciones vinculadas establece que se entenderá como operación vinculada *“aquellas realizadas por la sociedad con [...] con accionistas titulares de un 10 % o más de los derechos de voto o representados en el consejo de administración de la sociedad”*.

Así pues, en nuestro caso concreto, está previsto que HP resuelva el contrato con O&M que actualmente mantiene suscrito y lo sustituya por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo ABC. En base a lo expuesto anteriormente en el apartado de antecedentes, tras la operación, ABC ostenta un 90% del capital de HP. Igualmente, como se ha expuesto en el apartado 8 y 9 del presente memo, ABC ha nombrado a dos miembros del Consejo de Administración de HP. Es por tanto que se debe de establecer que ABC es correctamente calificada como una persona vinculada a los dos administradores que ha nombrado para el Consejo de Administración de HP y que el acto de suscribir un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo ABC debe de ser considerado y tratado como una operación vinculada intragrupo.

Tras establecer que el contrato a realizar con la sociedad del grupo ABC es una operación vinculada intragrupo, se procederá al análisis de su aprobación, de sus requisitos y de sus riesgos.

El artículo 231.1 bis LSC establece que *“La aprobación de las operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés corresponderá a la junta general cuando el negocio o transacción en que consista, por su propia naturaleza, esté legalmente reservada a la competencia de este órgano y, en todo caso, cuando el importe o valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones*

previstas en un acuerdo o contrato marco sea superior al 10 % del activo total de la sociedad.”. Por tanto, en caso de que el contrato suscrito con la sociedad del grupo de ABC sea por un importe superior al 10% del activo total de HP, será competente para su aprobación la Junta General. Por el contrario, en el caso de que el contrato suscrito con la sociedad del grupo de ABC sea por un importe inferior al 10% del activo total de HP, será competente para su aprobación el Órgano de Administración, en base a lo dispuesto en el artículo 231.2 bis LSC.

Se debe de establecer que como se acaba de exponer, en virtud del artículo 231 bis de la LSC, que regula las operaciones intragrupo, existen dos opciones para la aprobación del contrato con la sociedad del grupo ABC, dependiendo de cuánto sea el importe del contrato en proporción al activo de la sociedad. En base a la información aportada, no se puede concluir claramente en el momento de presentación del presente Memorándum que órgano - Junta General u Órgano de Administración - es el competente para aprobar el contrato ya que se desconoce el importe del contrato a suscribir con la sociedad del grupo ABC. Es por tanto que se expondrán las dos opciones posibles y sus riesgos. Tras este análisis, se expondrán riesgos comunes a las dos opciones de aprobación relacionados con la terminación del contrato con O&M.

A. Aprobación del contrato suscrito con la sociedad del grupo de ABC por la Junta General

Como se ha adelantado anteriormente, en caso de que el contrato suscrito con la sociedad del grupo de ABC sea por un importe superior al 10% del activo total de la sociedad (esto es, que el contrato sea superior a 100.000.000 euros), será competencia de la Junta General su aprobación. Como se ha expuesto a lo largo del presente Memorándum, ABC ostenta el 90% del capital y de los derechos de voto de HP y XYZ ostenta el 10% del capital y de los derechos de voto de la sociedad. Es por tanto que, al encontrarnos en un claro conflicto de interés, se deberá de analizar el procedimiento de su aprobación bajo Junta General para asegurarnos de que el acuerdo puede salir adelante y no quede bloqueado por este conflicto de interés.

En este sentido, encontramos que el artículo 190.1 de la LSC establece un *numerus clausus* de materias donde el socio no podrá ejercitar su derecho de voto correspondiente para adoptar este tipo de acuerdos. La aprobación de un contrato con una sociedad del grupo de uno de los socios no entra dentro de este *numerus clausus* y por tanto, podemos establecer que ABC sí que podría votar la aprobación de este contrato, en virtud del artículo 190.3 de la LSC, el cual establece que en los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1 del artículo, los socios no estarán privados de su derecho de voto.

Aun así, se deben de analizar dos riesgos que comprenden esta aprobación:

Primero, al no aplicar el artículo 190.1 de la LSC, se debe de estar a lo contenido dispuesto en el artículo 190.3 de la LSC, el cual establece que en estos casos donde un socio en la Junta General entra en conflicto de interés pero no está privado de su derecho de voto, en caso de impugnación del acuerdo social, corresponderá al socio afectado por el conflicto, en este caso ABC, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. La naturaleza de esta norma es sencilla, pues el legislador entiende que aunque un socio incurra en conflicto de interés, se deberá de primar que el acuerdo no vaya contra el interés social de la sociedad. Es por tanto que en caso de impugnación por parte de XYZ del acuerdo social donde se apruebe el contrato con la sociedad del grupo de ABC, ésta tendrá que probar que el acuerdo es conforme al interés social. Por otro lado, a XYZ solo le corresponderá la acreditación del conflicto de interés que tiene ABC.

Segundo, no hay que olvidar que en base a los apartados 8 y 9 del presente Memorándum, se ha incluido un derecho de veto en la materia específica de contratos con los socios para XYZ. Es por tanto que si al final se le concede a XYZ este derecho de veto, la adopción del acuerdo por Junta General correrá con el riesgo de ser vetada por XYZ.

B. Aprobación del contrato suscrito con la sociedad del grupo de ABC por el Órgano de Administración

Como se ha adelantado anteriormente, en caso de que el contrato suscrito con la sociedad del grupo de ABC sea por un importe inferior al 10% del activo total de la sociedad (esto es, que el contrato sea inferior a 100.000.000 euros), será competencia del Órgano de Administración, en este caso Consejo de Administración, su aprobación. Como se ha configurado en los apartados 8 y 9 del presente Memorándum, el Consejo de Administración está compuesto por 3 administradores, dos de ellos nombrados por ABC y uno de ellos nombrado por XYZ. Es por tanto que se puede concluir que estos dos administradores nombrados por ABC están bajo conflicto de interés.

El artículo 227.1 de la LSC establece el deber de lealtad de los administradores. Este artículo inserta una cláusula general del deber de lealtad de los administradores, estableciendo que *“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*. Aparte del deber general de lealtad de los administradores, se debe de mencionar que en virtud del artículo 228.c) de la LSC, el cual

regula las obligaciones básicas del deber de lealtad de los administradores, se establece claramente que este deber obliga al administrador a abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.

Aunque la LSC establece estas obligaciones y deberes de los administradores en conflicto de interés, el artículo 231.2 bis de la LSC establece que estos dos administradores que se encuentran en conflicto de interés podrán votar la aprobación del contrato a suscribir con la sociedad del grupo de ABC, aunque si su voto resultara decisivo para la aprobación, en caso de que se impugne el acuerdo social, estos administradores correrán con la carga de la prueba de probar que el acuerdo es conforme con el interés social y que emplearon la diligencia y lealtad debida en el caso de que se exija su responsabilidad.

Es por tanto que existe el riesgo de impugnación y como se ha explicado en el anterior apartado, el riesgo de que a través de la impugnación se revierta la carga de la prueba y los administradores deban de probar que el acuerdo es conforme al interés social y que emplearon la diligencia y lealtad debida.

C. Riesgos relacionados con la terminación del contrato con O&M.

En suma a los riesgos ya expuestos, se identifica un posible riesgo por penalización monetaria a HP por finalizar el contrato que tiene en exclusiva con O&M antes del término acordado. Como se desprende del supuesto en el que nos encontramos, HP va a resolver el contrato que tiene con O&M sin que este llegue al término acordado, ya que sino se indicaría que este ha llegado a su fin, para suscribir un contrato nuevo con otra empresa. En este sentido, al no tener disponible el contrato suscrito entre HP y la empresa O&M, se recomienda su análisis antes de resolver el contrato para identificar la existencia de cualquier cláusula que pueda obligar a HP al pago de cualquier penalización por resolver el contrato antes de su fecha de término o cualquier obligación que derive de este acto, más teniendo en cuenta que el contrato suscrito entre las partes es un contrato en exclusiva.

Igualmente, también se han analizado los riesgos de la resolución del contrato en exclusiva de O&M bajo el prisma del derecho laboral. En concreto se ha analizado si la resolución del contrato en exclusiva con O&M podría dar lugar a un despido colectivo, al entender que O&M se va a quedar sin actividad, que generase un efecto de responsabilidad solidaria a HP. En este sentido, en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente la STS 798/2019, de

21 de noviembre de 2019, se debe de concluir que HP y O&M no conforman un grupo de empresas a efectos laborales y por tanto un ulterior despido colectivo de los trabajadores de O&M no significa la responsabilidad solidaria de HP.

Cuanto antecede, salvo error u omisión involuntaria, constituye nuestra opinión sobre las cuestiones planteadas, gustosamente sometida de antemano a cualquier otro parecer mejor fundado en Derecho. Este informe, resultado del estudio de las cuestiones planteadas y fruto de una larga experiencia profesional, está destinado exclusivamente a las personas en cuyo interés se ha emitido. Su utilización por terceros y su aplicación a supuestos distintos de los que constituyen su objeto requerirá la autorización expresa y previa del Despacho.

Finalmente, se hace constar que el presente documento contiene información jurídica de carácter confidencial, representando el fruto del estudio y experiencia de este Despacho sobre las cuestiones que se analizan. En consecuencia, la información y conclusiones que en el mismo se detallan, deberán ser empleadas, con carácter exclusivo, por la persona o personas en cuyo interés se ha emitido la presente opinión, sin que la misma, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, pueda ser objeto de aplicación a otros supuestos ni de difusión a terceros sin la previa autorización de este Despacho. Todo ello a efectos de evitar la incorrecta o desleal utilización de la información, cuestiones y conclusiones en ella contenidas.