



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Especialidad Derecho de Empresa

Verónica Álvarez Izquierdo

Tutora: Covadonga Garralda Cancer

Curso 2022 – 2023

Madrid, a 21 de diciembre 2022

ÍNDICE

OBJETO DEL TRABAJO Y DEFINICIÓN DEL PERÍMETRO DE LA TRANSACCIÓN	6
1. PREGUNTA 1.....	7
1.1 Requisitos y formalidades para adquirir participaciones en sociedades españolas	7
1.2 Requisitos y formalidades en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo	7
2. PREGUNTA 2.....	10
2.1 Contexto normativo general	10
2.2 Juicio de equivalencia y suficiencia	10
3. PREGUNTA 3.....	12
3.1 Formalidades con carácter previo a la ejecución de la compraventa.....	12
3.2 Formalidades con carácter inmediato a la ejecución de la compraventa.....	14
3.3 Formalidades con carácter posterior a la ejecución de la compraventa y adopción de acuerdos de los órganos colegiados de la Sociedad.....	15
4. PREGUNTA 4.....	16
4.1 Los pactos parasociales.....	16
4.2 Principales aspectos del pacto parasocial entre ABC y XYZ, en relación a HP	16
5. PREGUNTA 5.....	18
5.1 Oponibilidad del pacto parasocial.....	18
5.2 Protección estatutaria y mayorías requeridas.....	19
5.3 Contenido del pacto vs contenido de los estatutos – nombramiento de administradores	19
5.4 Conclusión.....	21
6. PREGUNTA 6.....	22
6.1 Manifestaciones y garantías: ámbito de aplicación	22
6.2 <i>Specific Indemnity</i>	23
6.3 Retención del precio mediante el establecimiento de un pago aplazado.....	23
6.4 Depósito en garantía (<i>escrow account</i>).....	23
7. PREGUNTA 7.....	25
7.1 Asistencia financiera: concepto, análisis y consecuencias	25
7.2 Asistencia financiera: ratio legis y alternativas.....	26
8. PREGUNTA 8.....	29
8.1 Cambio del domicilio social.....	29
8.2 Revocación y otorgamiento de poderes generales.....	29
9. PREGUNTA 9.....	30
9.1 Deuda con Bancos.....	30
9.2 Deuda con Socios.....	30
10. PREGUNTA 10.....	34
10.1 Contrato de O&M vigente entre OP y HP	34
10.2 Potencial contrato de O&M entre HP y la sociedad del grupo de ABC	35
10.3 Conclusiones de la operación.....	36
11. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA.....	37
11.1 Legislación.....	37

11.2	Jurisprudencia.....	38
11.3	Doctrina Administrativa.....	39
ANEXO 4.1.4	41

GLOSARIO

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
ATR	Acta de Titularidad Real
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Comisión Europea
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
COVID-19	Coronavirus SARS-CoV-2
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
FJ	Fundamento Jurídico
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LSC	Ley de Sociedades de Capital
NIE	Número de Identificación Fiscal de Extranjeros
O&M	Operación y Mantenimiento
R&W	<i>Representation and Warranties</i>
RDL	Real Decreto – ley
RETIR	Registro de Titulares Reales
RL	Reserva Legal
RLD	Reserva de Libre Disposición
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SPA	<i>Share Purchase Agreement</i>
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

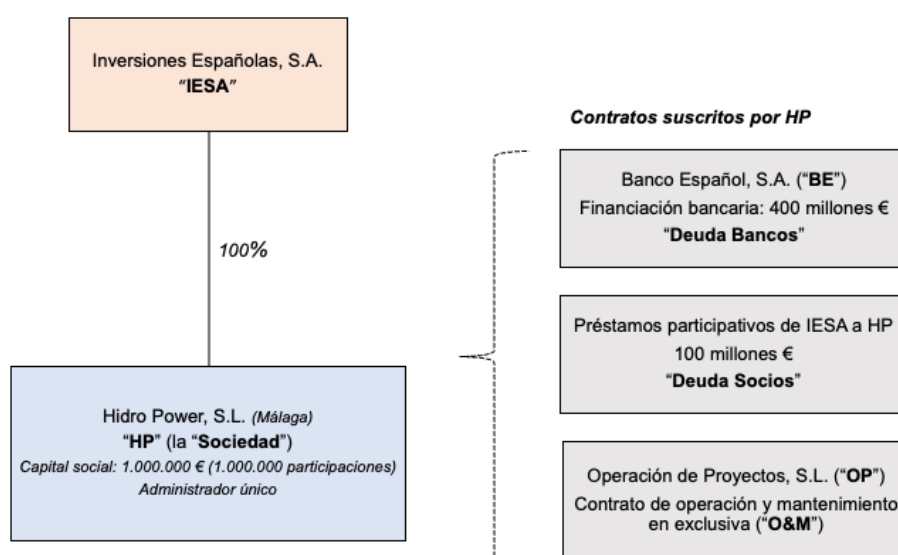
OBJETO DEL TRABAJO Y DEFINICIÓN DEL PERÍMETRO DE LA TRANSACCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto la solución de las cuestiones planteadas en relación a la compraventa de HP por parte de ABC y XYZ, así como el estudio de las posibilidades y requisitos específicos para la ejecución de la operación bajo derecho español.

Los aspectos contemplados en el presente documento recogen cuestiones mercantiles, financieras y societarias, por lo que se recomienda encarecidamente la asistencia legal de un experto en las materias que no son objeto de estudio.

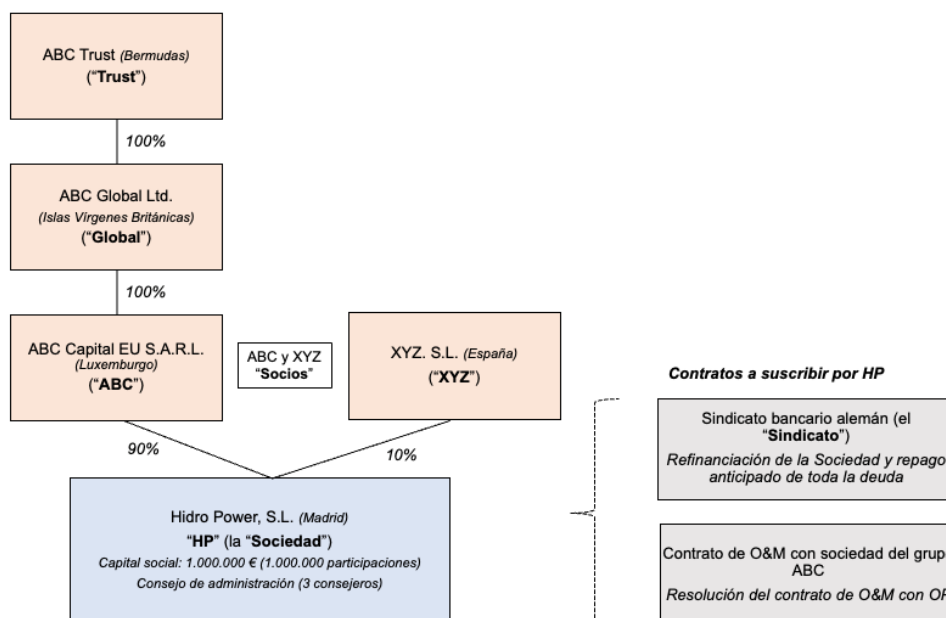
A continuación, se presentan a modo ilustrativo distintos gráficos que definen el perímetro de la transacción de compraventa, antes y después de su formalización, reflejando la estructura societaria de la operación y relaciones jurídicas con terceros.

SITUACIÓN PREVIA A LA COMPRAVENTA DE HP



SITUACIÓN POSTERIOR A LA COMPRAVENTA DE HP

Transmisión del 100% del capital social de HP, por IESA a ABC y XYZ



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

1.1 Requisitos y formalidades para adquirir participaciones en sociedades españolas

1.1.1 Hoy en día, dado el carácter global de la economía y las relaciones de negocios a nivel mundial, las operaciones de compraventa de empresas (*mergers and acquisition – M&A*) con alguna parte extranjera se dan diariamente en nuestro país, por lo que no hay duda de que en principio ABC, como entidad luxemburguesa vaya a poder adquirir participaciones en la sociedad española HP.

1.1.2 El artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital¹ establece que la transmisión de las participaciones sociales debe constar en **documento público**. De esta forma, se acredita el negocio jurídico de forma fehaciente, garantizando la realidad de la fecha efectiva y de las declaraciones de las partes. Si bien es cierto, el requisito de formalización de la transmisión ante notario, no es constitutivo ni atañe a la eficacia de la transmisión, sino a la oponibilidad de la misma frente a terceros². Del mismo modo, hay que tener en cuenta que la transmisión de participaciones no es objeto de inscripción, pues *la titularidad de las participaciones sociales fluye al margen del registro mercantil*³.

1.1.3 Para poder adquirir las participaciones sociales de HP, es necesaria la intervención de un notario, y para sociedades extranjeras como ABC resulta imprescindible la obtención de un número de identificación fiscal para extranjeros ("**NIE**"), así como para cualquiera de las personas que vayan a ser nombradas en caso de no tener nacionalidad española (i.e. consejeros, apoderados...). ABC podrá otorgar **poderes** tanto a abogados como, en su caso, a sus representantes en España, para realizar las gestiones correspondientes a la obtención del NIE ante la Agencia Tributaria Española ("**AEAT**").

1.1.4 Adicionalmente, ABC, en su condición de sociedad extranjera deberá acreditar su existencia mediante un certificado de **Good standing** emitido por el Registro Mercantil de Luxemburgo, que debe ser legalizado por un notario local, apostillado y traducido formalmente al español, mediante traducción jurada, para que pueda surtir efectos ante la AEAT junto con el poder⁴.

1.1.5 En cuanto a los **requisitos fiscales**, hay que tener en cuenta que la transmisión de participaciones sociales está exenta del impuesto de actos jurídicos documentados y del IVA, tal y como prevé la disposición adicional segunda de la LSC⁵, aunque es necesario realizar la autoliquidación del impuesto.

1.2 Requisitos y formalidades en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

1.2.1 Tal y como establece el artículo 2.1.n) de la Ley 10/2010⁶, los **notarios** son **sujetos obligados**, en consecuencia, deberán *identificar a cuantas personas físicas o jurídicas que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones*⁷. En este sentido, el notario español

¹ 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 de Sociedades de Capital**" o "**LSC**").

² STS 234/2011, de 14 abril (FJ sexto) (ECLI:ES:TS:2011:2688).

³ Esta idea se ha recogido en la reiterada doctrina registral y jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacando, entre otras la STS 616/2012, de 23 octubre (FJ sexto) (ECLI:ES:TS:2012:672) y Resolución DGRN/DGSJFP de 11 de octubre 1999.

⁴ Dichos requisitos vienen exigidos en virtud del Convenio de la Haya nº XII, de 5 de octubre 1961 ("**Convenio de la Haya 1961**"), donde España y Luxemburgo son parte, y del artículo 24 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria (...). No obstante y a efectos meramente prácticos, si bien es cierto que el certificado de *Good standing* suele exigirse por parte de la AEAT para acreditar la existencia y vigencia de la sociedad extranjera en cuestión, este obstáculo puede salvarse si el certificado contenido en el poder otorgado por el notario extranjero contiene alguna mención del notario que afirme expresamente que la sociedad existe y está en vigor de acuerdo con la legislación del país, dada su condición de fedatario público en dicho territorio.

⁵ Establecida en relación con el artículo 314 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁶ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo ("**Ley 10/2010**").

⁷ Artículo 3.1 de la Ley 10/2010.

ante el cual se elevará a público el contrato de compraventa (*Share Purchase Agreement*) ("**SPA**") y sucesivos acuerdos deberá identificar al titular real de cada una de las partes intervinientes.

- 1.2.2 El artículo 4 de la Ley 10/2010, y el artículo 8 del Real Decreto 304/2014⁸, determinan que será **titular real, la persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto de la persona jurídica**. En caso de no identificar a ninguna persona física, se considerará que ejerce dicho control el **administrador o administradores**.
- 1.2.3 En la comparecencia de las partes para otorgar escritura pública, el notario solicitará el **acta de titularidad real ("ATR")** de las sociedades intervinientes en la compraventa: ABC, XYZ e IESA. En este sentido, se analizará el titular real que consta en el ATR, y la persona que comparezca en representación de cada una de las partes deberá manifestar si existen o no cambios desde la última ATR.
- 1.2.4 Para el caso de **XYZ e IESA**, en caso de no identificar ninguna persona física que en última instancia disponga de un porcentaje superior al 25% del capital o derechos de voto, ya sea por sí misma o por medio de otras personas jurídicas que sean socios o accionistas la sociedad, se considerará que el titular real es el **administrador**.
- 1.2.5 Por otro lado, **ABC** está 100% participada por ABC Global Ltd., que a su vez es una entidad 100% participada por ABC Trust⁹, un fideicomiso de derecho anglosajón con domicilio en Bermudas. En el caso del trust anglosajón, tendrá la consideración de titular real el **fideicomitente** y demás personas relacionadas, o en última instancia, cualquier persona jurídica que ejerza el fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o mediante otros medios¹⁰.
- 1.2.6 En el momento en que se formalice la compraventa de **HP**, se producirá un **cambio en el titular real** de la Sociedad, por lo que se deberá otorgar un nuevo ATR, identificando al mismo. En este caso, dado que XYZ solamente adquiere un 10% del capital social, ninguna persona física podrá tener la consideración de titular real de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 10/2010. En consecuencia, el titular real será el mismo que el de ABC, el **fideicomitente o personas que ejerzan el control del Trust**, de modo que dicha información deberá constar en el ATR de HP. En el supuesto de no identificar a ningún titular real conforme a la definición y procedimiento descrito anteriormente, se considerará que ejerce el control de la Sociedad el consejo de administración, y los titulares reales serán los tres nuevos consejeros de HP.
- 1.2.7 Con la próxima entrada en vigor del Registro de Titulares Reales ("**RETIR**")¹¹, la información de los titulares reales de las personas jurídicas españolas estará disponible en el RETIR, y será de acceso para las autoridades con competencias en la prevención del blanqueo de capitales y delitos de financiación del terrorismo y sujetos obligados de la Ley 10/2010. Actualmente aún no ha entrado en vigor el Real Decreto por el que se crea el RETIR, del cual exclusivamente se ha publicado el borrador, no obstante, en un futuro, será el órgano de gestión de HP (el consejo de administración) quien deberá suministrar al RETIR los datos identificativos de su titular real.
- 1.2.8 Adicionalmente en materia de **transparencia fiscal** hay que tener en cuenta que, en principio, en aplicación de la normativa comunitaria¹², los posibles dividendos que HP pudiera repartir a sus Socios en un futuro, se podrían beneficiar de exenciones o tributaciones de menor importe. En concreto, la normativa nacional¹³, permite una exención de *los beneficios distribuidos por las filiales*

⁸ Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010.

⁹ Ver estructura societaria en página 6.

¹⁰ Artículo 4.2.c) de la Ley 10/2010. La identidad de dicha persona deberá reflejarse en el ATR de ABC incluyendo los datos exigidos por el artículo 4.ter.3 de la Ley 10/2010 (i.e. nombre y apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad...).

¹¹ Previsto en virtud de la disposición adicional tercera de la Ley 10/2010 (*mediante real decreto se creará en el Ministerio de Justicia el RETIR...*), en su redacción dada por el artículo tercero del Real Decreto-Ley 7/2021, de 25 de abril, que transpone al ordenamiento jurídico español la Quinta Directiva de la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Directiva (UE) 2018/843/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo).

¹² Artículo 4 de la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes ("**Directiva matriz-filial**").

¹³ El artículo 14.1.h) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impuesto sobre la Renta de no Residentes, prevé dicha exención siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos: (i) ambas sociedades

residentes en territorio español a sus matrices residentes en Estados miembros de la Unión Europea.

- 1.2.9 No obstante, ABC es una sociedad 100% participada por Global (domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas), y cuyo beneficiario último es el Trust¹⁴ (radicado en Bermudas). Ambos territorios tienen la consideración de jurisdicción no cooperativa¹⁵, por lo que se trata de países con los que no existe un efectivo intercambio de información en materia tributaria y España no ha suscrito ningún convenio de doble imposición¹⁶. Por tanto, habrá que tener en cuenta que los dividendos que HP pudiera repartir a sus matrices no quedarían exentos de tributación en España, en el importe percibido por parte de ABC, ya que se asume que a su vez, ABC distribuiría dividendos que serían disfrutados en países considerados paraísos fiscales.

estén sujetas y no exentas de tributos que gravan este tipo de beneficios; (ii) que la distribución no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad; (iii) que ambas sociedades revistan una de las formas jurídicas previstas en la Directiva matriz-filial; entre otras.

¹⁴ ABC tiene la consideración de sociedad matriz de acuerdo al artículo 3.1.a) de la Directiva matriz-filial, ya que (i) dispone de una participación superior al 10% del capital social de HP; (ii) tiene la forma jurídica de sociedad de responsabilidad limitada luxemburguesa (previsto en el Anexo I de la Directiva matriz-filial); y (iii) está establecida en un Estado miembro de la UE sujeta a un impuesto que grava la distribución de los beneficios. En consecuencia, si el beneficiario último fuese ABC, disfrutaría de la exención prevista en la Directiva matriz-filial, no obstante, dado que se encuentra participada por Global, y en última instancia por Trust, y no se puede extrapolar dicha conclusión, ya que se entiende que éstos serán los destinatarios últimos de los dividendos.

¹⁵ Bermudas y las Islas Vírgenes Británicas son territorios incluidos en la lista de jurisdicciones no cooperativas de acuerdo con el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

¹⁶ En los términos y con los requisitos previstos por la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

2. **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?**

2.1 Contexto normativo general

2.1.1 Un poder especial es aquel mediante el cual se confiere a una persona la representación en uno o más negocios jurídicos singularmente determinados¹⁷. De este modo, una vez concluidos los mismos, se extingue automáticamente, no siendo posible que el apoderado intervenga en otros asuntos que no estén específicamente determinados.

2.1.2 En este caso, el poder especial otorgado los Socios en Luxemburgo y España, faculta a los apoderados para comparecer ante notario en España y formalizar la compraventa de HP.

2.1.3 Para la sociedad española XYZ, el poder deberá ser **otorgado ante notario**, y al tratarse de un poder especial para la realización de un acto en concreto, no será preceptiva su inscripción en el Registro Mercantil¹⁸.

2.1.4 En el caso de la sociedad ABC, el poder se otorgará en Luxemburgo, por lo que mediante el estudio desde una perspectiva formal y material se determinará la equivalencia del poder en relación a un apoderamiento otorgado en España para el mismo acto, y su validez para la formalización de la compraventa¹⁹.

2.2 Juicio de equivalencia y suficiencia

2.2.1 Con el fin de determinar la validez del poder de ABC habrá que tener en cuenta tanto la normativa de origen como de destino. En este sentido, los requisitos formales se evaluarán en función de la ley luxemburguesa, y las cuestiones relativas a la suficiencia del poder se remitirán a la ley española²⁰.

2.2.2 En cuanto a los requisitos formales del poder y de los sujetos intervinientes, para que sea **equivalente** en España, será necesario que conforme a ley luxemburguesa:

- (a) El poder se considere auténtico en Luxemburgo y no precise de solemnidades adicionales para su validez (i.e. inscripción en registros locales);
- (b) Esté apostillado, junto con una traducción al español del contenido del poder;
- (c) Sea autorizado por quien tenga atribuida la competencia de otorgar fe pública; y
- (d) Garantice la identificación de los otorgantes y su capacidad para el acto en cuestión²¹.

2.2.3 En cuanto al **juicio de suficiencia** a efectuar conforme a ley española, para que el poder produzca efectos en España, es necesario que el notario luxemburgués ante el cual se haya otorgado el poder, haya intervenido desarrollando funciones análogas a las que desempeñan los notarios españoles en esta materia, y que originen los mismos efectos, o similares²².

¹⁷ Resolución DGRN/DGSJFP de 7 de mayo 2008, en relación con el artículo 1712 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil ("CC").

¹⁸ Artículo 87 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil ("RRM").

¹⁹ En virtud del artículo 56 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *los documentos públicos expedidos por autoridades extranjeras serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público*.

²⁰ En aplicación de los artículos 10.1 CC (*los derechos sobre bienes muebles (como las participaciones sociales) se regirán por la ley del lugar donde se hallen*) y 11 CC (*las formas y solemnidades de los actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen*).

²¹ Dichos requisitos son necesarios en virtud del artículo 11 CC, el Convenio de la Haya 1961 y la Resolución DGRN/DGSJFP de 14 de septiembre 2016, entre otras.

²² Resolución DGRN/DGSJFP de 18 de diciembre 2018.

2.2.4 Por todo ello, si el poder de XYZ se otorga ante notario en España, y el de ABC cumple con la regla y requisitos de equivalencia y suficiencia expuestos anteriormente, los Socios no tendrán ningún inconveniente en cuanto a los poderes para formalizar la compraventa de HP ante notario español.

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

3.1 Formalidades con carácter previo a la ejecución de la compraventa

Sujeción a la normativa antitrust

3.1.1 En primer lugar, será necesaria la evaluación de la operación de acuerdo con la normativa *antitrust* y en su caso, obtención de las autorizaciones pertinentes por parte de las **autoridades de competencia**. Resulta de gran relevancia en el caso de HP, ya que es titular del 25% de las centrales hidráulicas operativas en España y a su vez, uno de los socios compradores, ABC, se dedica a la inversión en diversos proyectos de infraestructuras en la UE, por lo que podría llegar a plantear inconvenientes en cuanto a las **concentraciones económicas**, en los siguientes ámbitos:

(a) **Ámbito nacional:** las concentraciones económicas quedarán sujetas al control de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**"), y será necesario notificarlo cuando concurra al menos una de las siguientes circunstancias²³:

(i) Que como consecuencia de la concentración la cuota de mercado ascienda a una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante en el ámbito nacional;
o

(ii) Que el volumen de negocios global en España de los partícipes supere en el último ejercicio contable €240M, siempre que al menos dos de ellos (HP o los Socios) tengan individualmente en España un volumen negocios superior a €60M.

(b) **Ámbito comunitario:** las concentraciones económicas quedarán sujetas al control y autorización de la Comisión Europea ("**CE**") cuando se den principalmente las siguientes circunstancias²⁴:

(i) El volumen de negocios total a escala mundial por todos los participantes (HP y Socios) supere €5.000M; y

(ii) El volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de los participantes supere €250M.

3.1.2 Por tanto, siempre que con la operación se superen los umbrales previstos anteriormente, será necesario notificarlo a las autoridades de competencia con carácter previo a su ejecución. Cabe destacar que la tramitación de la notificación no supone la paralización del curso de la operación, por lo que se incluiría una **condición suspensiva**, que condicionara la compraventa de HP al otorgamiento de la autorización de la CNMC o CE, de modo que continuasen las negociaciones y trámites en curso, aunque siempre subordinado a la resolución y consentimiento de las autoridades, pues en caso contrario, no se podría ejecutar la transacción.

Sujeción al régimen de inversiones extranjeras directas

3.1.3 En el contexto de la pandemia del COVID-19, España modificó parcialmente la Ley 29/2003, de 4 de julio²⁵, **suspendiendo** el régimen de **liberalización de las inversiones extranjeras directas**²⁶. En este sentido, (i) si el inversor pasa a ser titular de una participación igual o superior al 10% de una sociedad española, o (ii) como consecuencia de la operación, el inversor participa en la gestión

²³ Los umbrales de referencia para las concentraciones económicas en el ámbito nacional están previstos en los artículos 7 y 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("**LDC**") y serán objeto de control y, en su caso, autorización de la CNMC.

²⁴ Los umbrales de referencia para las concentraciones económicas en el ámbito comunitario están previstos en los artículos 1.2 y 1.3 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y serán objeto de control y, en su caso, autorización de la Comisión Europea.

²⁵ 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 ("**LMC**").

²⁶ Dicha modificación se introdujo mediante la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que añade el artículo 7 bis de la LMC.

o control de la sociedad, será necesario la obtención de una **autorización administrativa** previa²⁷. Estas medidas han sido prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 2022²⁸.

- 3.1.4 Considerando el contexto de la operación y que el régimen de suspensión todavía sigue vigente, resultaría necesario solicitar autorización previa por los siguientes motivos:
- (a) La actividad de HP se focaliza en las centrales hidráulicas, considerada una infraestructura crítica, que puede afectar al orden, seguridad y salud pública²⁹.
 - (b) Como resultado de la compraventa, el porcentaje de participación de la entidad luxemburguesa ABC en la sociedad española HP será del 90%³⁰.
 - (c) Suponiendo que el importe de la transacción supere €500M³¹.
 - (d) La operación se llevaría a cabo durante la vigencia de la suspensión, es decir, con anterioridad al 31 de diciembre de 2022.
- 3.1.5 En virtud de lo anterior, la solicitud de autorización se remitirá a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones Extranjeras, correspondiendo su resolución al Consejo de Ministros, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores³². En caso de no presentarse la solicitud de autorización, la transacción podrá declararse nula³³.
- 3.1.6 No obstante, cabe destacar que se ha publicado y está pendiente de aprobación un proyecto de Real Decreto sobre Inversiones Exteriores, que pretende desarrollar el contenido de la LMC con nuevas restricciones y exenciones. En este sentido, se contempla la presentación de una consulta previa voluntaria para las inversiones que puedan afectar a los sectores críticos, con el fin de determinar si la inversión estaría sujeta o no a autorización.
- 3.1.7 Por todo ello y en consonancia con el apartado 3.1.2, se recomienda (i) la presentación de la de la solicitud de autorización de la inversión de forma simultánea al curso de las negociaciones; y (ii) condicionar el cierre de la transacción a la obtención de la misma.

Contratos en vigor

- 3.1.8 Dado que HP dispone de una **deuda bancaria** que asciende a €400M e incluye una **cláusula de cambio de control**, una vez ejecutada la compraventa, BE podría resolver el préstamo o cambiar las condiciones y requerir la restitución del importe. En este sentido, sería necesario solicitar una renuncia al banco (*waiver*), de modo que pagando una comisión (*waiver fee*), BE no activaría dicha cláusula ni rescindiría la financiación.
- 3.1.9 Del mismo modo, habría que examinar las **garantías que ha otorgado IESA** en calidad de socio de HP en los distintos contratos, ya que se entiende que las mismas deberían ser asumidas por los socios compradores, por lo que sería conveniente analizar su alcance y las autorizaciones requeridas por los acreedores. De hecho, es posible que si se ha avalado la Deuda con Bancos con garantías de carácter personal, BE pueda exigir la cancelación del préstamo, pago de *waiver fee*, o sustitución de las garantías.

²⁷ Artículo 7 bis.1 LMC.

²⁸ En virtud del artículo cuarto del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre ("RDL 27/2011").

²⁹ Artículo 7 bis.2.a) LMC.

³⁰ La compraventa de las participaciones de ABC en HP es una inversión sujeta a suspensión, ya que supera el 10% del capital social y pese a no disponer de información exacta en relación a las personas físicas que tienen la consideración de titular real de ABC, dado que sus sociedades matrices se encuentran localizadas fuera de la UE/AELC (Islas Vírgenes Británicas y Bermudas), será necesario solicitar autorización administrativa previa (artículo 7 bis.1.b) LMC).

³¹ En este caso, se desconoce el importe exacto de la inversión. No obstante, en virtud del artículo cuarto del RDL 27/2011, si se superan €500M en inversiones en sectores críticos, será necesario solicitar autorización.

³² El artículo 6 LMC se remite al Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, que en su artículo 10 establece el procedimiento de autorización.

³³ Artículo 7 bis.5 LMC.

Cuestiones societarias

- 3.1.10 Una vez obtenidas las autorizaciones y consentimientos pertinentes, sería necesario preparar un **acta y certificación de decisiones de socio único**, donde IESA autorice la enajenación de la Sociedad al tratarse de un **activo esencial** conforme al artículo 160.f) LSC³⁴. Del mismo modo, en caso de darse estas circunstancias por parte de las sociedades compradoras, deberán aportar en la comparecencia ante notario las mismas certificaciones con las aprobaciones por parte de las juntas de socios de ABC y XYZ.
- 3.2 Formalidades con carácter inmediato a la ejecución de la compraventa
- 3.2.1 Inmediatamente después de la firma y notarización del SPA, se procedería a **elevar a público la reunión de junta de socios de HP**, donde intervendrían ABC en calidad de propietaria de un 90% del capital social de la Sociedad, y XYZ con un 10% de las participaciones sociales. Entre los acuerdos a adoptar destaca:
- (a) El cese del administrador único de HP (mediante carta de dimisión con firma legitimada).
 - (b) La constitución del nuevo consejo de administración, nombrando a los tres consejeros³⁵.
- 3.2.2 En este punto resultaría interesante analizar si los estatutos sociales de HP recogían diversos modos de organizar la administración de la sociedad, y si entre ellos, se incluía el consejo de administración, ya que en caso contrario, con carácter previo habría que adoptar un acuerdo de **modificación de estatutos sociales** previendo esta circunstancia. En este caso, sería recomendable incluir distintos modos, y en el caso del consejo de administración, no fijar el número de consejeros, sino dejar una horquilla dentro del umbral legal (3 – 12) para no quedar limitado ni requerir modificación estatutaria si se cambiara en un futuro³⁶.
- 3.2.3 Una vez finalizada la junta de socios y constituido el **nuevo consejo de administración**, se celebrará reunión del mismo, donde se acordará:
- (a) La distribución de cargos y aceptaciones (nombramiento de presidente y secretario).
 - (b) El resto de acuerdos competencia del consejo al que se hace referencia en la pregunta 8 (modificación del domicilio social, revocación de poderes generales y especiales existentes, otorgamiento de nuevos poderes...).
- 3.2.4 Se realizarán las **certificaciones** de los acuerdos de la junta general y del consejo de administración, que estarán expedidas por el nuevo secretario del consejo de administración³⁷, como persona con facultad certificante³⁸. Dado que el cese del administrador saliente se producirá mediante carta de dimisión con firma legitimada, se salvan las previsiones del artículo 111 RRM³⁹.
- 3.2.5 Del mismo modo, se procederá a la firma del pacto de socios entre ABC y XYZ, en los términos previstos en la pregunta 4 siguiente.

³⁴ En este caso, IESA no cuenta con más activos en el balance aparte de HP, por lo que la compraventa de la Sociedad supone una desinversión del 100% de sus activos. De este modo, al superar el valor de referencia del 25% del total de los activos, será necesario que el socio único apruebe la enajenación.

³⁵ Si todos ellos están presentes en el acto firmarán el acta en señal de aceptación del cargo, manifestando que no se encuentran incurso en ninguna de las prohibiciones (artículo 213 LSC) o incompatibilidades previstas en la legislación nacional o autonómica aplicable. En caso de que no estuvieran presentes, aceptarán el nombramiento mediante carta.

³⁶ Aplicación de los artículos 210 y 242.2 LSC.

³⁷ En este punto se realizará una certificación individual de los acuerdos de la junta general y otra del consejo de administración, aunque nada impediría hacer una certificación conjunta de ambos. No obstante, se va a optar por la primera opción para evitar que la inscripción del cese del administrador único y constitución del consejo de administración pueda estar afectada por una posible calificación negativa de los acuerdos del consejo de administración incluidos en la misma certificación.

³⁸ En virtud del artículo 109.1.a) del RRM, el secretario del consejo de administración tiene la facultad de certificar las actas y acuerdos de los órganos colegiados de la sociedad con el visto bueno del presidente.

³⁹ De este modo, la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del nuevo secretario es automático y no precisa del plazo de quince días desde la fecha del asiento de presentación. No obstante, nada impide que se pueda añadir una mención a tal efecto en la certificación y que junto a la firma legitimada del nuevo presidente y secretario se incluya la del administrador único saliente, como anterior titular de la facultad certificante (artículo 109.1.b) RRM).

- 3.3 Formalidades con carácter posterior a la ejecución de la compraventa y adopción de acuerdos de los órganos colegiados de la Sociedad
- 3.3.1 Una vez formalizada la compraventa de HP, se actualizará su **libro registro de socios** (artículo 25 del Código de Comercio ("**CCom**")) recogiendo que mediante la transmisión de la totalidad de sus participaciones sociales (900.000 a ABC y 100.000 a XYZ), HP ha perdido su carácter de sociedad unipersonal.
- 3.3.2 IESA, en calidad de vendedora, deberá proporcionar a los nuevos Socios la documentación correspondiente de HP, donde se incluye:
- (a) Los libros de la Sociedad, los cuales serán actualizados una vez celebradas las reuniones de la junta de socios y del consejo de administración (artículo 26 CCom y artículo 106 RRM).
 - (b) La información financiera y libros contables de la Sociedad.
 - (c) Datos de las cuentas bancarias de la Sociedad junto con los certificados del saldo de cada una de las cuentas.
- 3.3.3 Por último, dado que ABC es una sociedad extranjera que ha invertido en España, deberá presentar, dentro del plazo de un mes desde la inversión, es decir, desde la formalización de la escritura pública ante notario de la compraventa de HP, el **modelo D-1A: Declaración de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión**, ante la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones⁴⁰.

⁴⁰ En virtud del artículo 15.a) de la Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización ("**Orden de 28 de mayo 2001**"), dado que ABC ha realizado la inversión consistente en la asunción de participaciones sociales de una sociedad española (HP), está obligado a declarar dicha operación y cumplimentación del impreso D-1A (artículo 17 de la Orden de 28 de mayo 2001) en el plazo de un mes desde la formalización de la compraventa ante notario.

4. **¿Deberían valorar ABC y XYZ la posibilidad de suscribir un pacto de socios y, en su caso, qué acuerdos deberían 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)?**

4.1 Los pactos parasociales

4.1.1 Los **pactos parasociales** son una configuración de obligaciones entre los socios “paralela” a la estatutaria. La STS 73/2018, de 14 de febrero (FJ sexto) (ECLI:ES:TS:2018:410) los caracteriza como *aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con fuerza de vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y en los estatutos, pudiendo estar suscritos por todos los socios, o solo algunos de ellos.*

4.1.2 La suscripción de este tipo de pactos tiene sustento legal en los artículos 28 y 29 LSC, de modo que son completamente **lícitos**, y los Socios podrán acordar todo lo que estimen oportuno siempre y cuando no sea contrario a la ley (artículo 1255 CC) ni contradigan los principios configuradores del tipo social escogido.

4.1.3 El no disponer de un pacto de socios puede llegar a generarles inseguridad jurídica, especialmente en el caso de los socios minoritarios, ya que proporciona respuestas claras a situaciones no reguladas en la ley o en los estatutos, y de este modo, hay un conocimiento previo de las consecuencias de una serie de acciones. Por tanto, resulta conveniente que ABC y XYZ suscriban este tipo de pactos, para regular los términos, condiciones y principios generales que regirán el funcionamiento, administración y gestión de HP. En la medida de lo posible, es preferible fijarlo con carácter previo a la compraventa de HP, ya que de esta forma se determinan *las reglas del juego* y desde el primer momento, todas las actuaciones se llevarán a cabo en consonancia con el pacto.

4.1.4 A continuación, se refleja un cuadro con los principales puntos sobre los cuales debe versar el pacto de socios. Adicionalmente, el borrador del pacto de socios a presentar a los Socios, se incluye como ANEXO 4.1.4

4.2 Principales aspectos del pacto parasocial entre ABC y XYZ, en relación a HP

Gobierno y administración de la Sociedad	Junta General de Socios (adopción de acuerdos ⁴¹).	
	Órgano de administración (nombramiento de consejeros por los Socios).	
Obligaciones de los Socios	Obligaciones del Socio Minoritario	Se nombra Director General al administrador único de XYZ, para la gestión diaria de HP ⁴² .
Régimen de transmisión de participaciones	Reglas generales	Mediante estas cláusulas para cualquier transmisión de participaciones, será imprescindible el consentimiento de los Socios.
	Prohibición inicial de transmisión	De este modo, ABC no queda desprotegido en caso de que XYZ quiera abandonar la gestión de HP, ni XYZ ante una posible desinversión de ABC.
	Transmisiones autorizadas	

⁴¹ En cuanto al **derecho de veto**, manteniendo la actual estructura societaria, se puede articular de varias maneras: (i) estableciendo que en determinadas Materias Reservadas de la Junta será necesario el voto favorable de dos socios (no es lo más recomendable por sí en un futuro ABC transmite parte de sus participaciones a un tercero, de modo que ya no sería imprescindible el voto de XYZ para la adopción de acuerdos); (ii) que en las Materias Reservadas de la Junta será necesario el voto favorable del Socio Minoritario; (iii) elevando las mayorías para la adopción de acuerdos (i.e. hasta el 91% para que siempre sea necesario el voto favorable de XYZ). Esta sería la opción más conveniente para la inclusión en los estatutos y posterior inscripción en el Registro Mercantil, pues la opción (ii) se podría equiparar a una decisión unánime en caso de dos socios, con el riesgo de ser calificado negativamente en virtud del artículo 200 LSC.

⁴² De este modo, se cumple con la voluntad de que XYZ se encargue del día a día de la gestión de HP, recayendo dicha función exclusivamente en su administrador único.

<p>Restricciones a la transmisión</p>	<p>Derecho de arrastre (<i>drag along</i>)</p> <p>Derecho de venta conjunta (<i>tag along</i>)</p> <p>Procedimiento de ejercicio del derecho de arrastre y de venta conjunta</p>	<p>Mediante el derecho de arrastre y de venta conjunta se protegen los intereses de ambos Socios. Por un lado, si ABC recibe una oferta de compra para el 100% del capital social de HP podrá obligar a XYZ a su venta; por otro lado, XYZ podrá adherirse a la oferta de ABC y no quedarse aislado en el capital social de HP en caso de entrada de un nuevo socio mayoritario.</p>
<p>Periodo de Bloqueo</p>	<p>Previsión de un periodo de enfriamiento (<i>cooling-off period</i>) durante el cual los Socios no podrán emprender acciones que se alejen de lo previsto en el pacto.</p> <p>Nombramiento de un experto independiente para solventar las situaciones de bloqueo técnico en la Sociedad.</p>	
<p>No competencia</p>	<p>Salvaguarda los intereses de ambos Socios, evitando posibles situaciones de conflicto para la Sociedad una vez los Socios hayan abandonado la misma.</p>	
<p>Incumplimiento</p>	<p>Se prevé el derecho de los Socios a exigir el cumplimiento del pacto e indemnizaciones. En caso de incumplimiento de cuestiones de especial trascendencia, se prevé la exclusión de la Sociedad.</p>	
<p>Cláusulas generales</p>	<p>Vigencia</p> <p>Confidencialidad</p> <p>Notificaciones</p> <p>Nulidad parcial</p> <p>Acuerdo Único. Prevalencia</p> <p>Ley aplicable y jurisdicción</p>	

5. **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?**

5.1 *Oponibilidad del pacto parasocial*

5.1.1 Los **pactos parasociales** nacen a raíz de un contrato entre las partes que lo han suscrito (ABC y XYZ). Debido a su naturaleza contractual, el pacto adquiere fuerza de ley entre los Socios y deben cumplirlo a tenor de lo previsto en el mismos⁴³. Por ello, cuando se trata de responder frente a terceros, el pacto en principio es inoponible y carece de eficacia. Este asunto ha presentado un gran debate doctrinal y jurisprudencial a lo largo de los años, especialmente en los pactos parasociales omnilaterales (firmados por todos los socios, como es el caso de los Socios de HP), en el sentido de determinar si son oponibles o no frente a la Sociedad.

5.1.2 Tal y como prevé el artículo 1257 CC, los contratos solo tienen efectos entre las partes que lo han firmado, con la excepción de la prestación a favor de tercero. Por su parte, el artículo 29 LSC establece que *los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*, por lo que la inscripción y publicidad no es un requisito de licitud sino, como mucho, de oponibilidad.

5.1.3 Partiendo de tales preceptos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha establecido que la **sociedad no es un tercero distinto de los socios** que firman el pacto parasocial cuando los firmantes son todos los socios (*la alteridad no concurre cuando todos los socios son parte del pacto*)⁴⁴. Sin embargo, precisa que **no implica que los pactos parasociales omnilaterales sean oponibles, ni por tanto exigibles a la Sociedad**. Esto supone una de las principales diferencias respecto de los estatutos sociales, los cuales vinculan tanto a los socios, como a la sociedad.

5.1.4 En este punto, conviene destacar que los pactos parasociales, en su naturaleza contractual, solo obligan y vinculan a los socios firmantes (ABC y XYZ), en su condición personal, no como titular de las participaciones de HP, de forma que si las enajenan, el adquirente en principio no queda obligado por el mismo. No obstante, se suele pactar que en caso de que un socio transmita sus participaciones a un tercero, el adquirente se subroga en la posición del transmitente, quedando vinculado por el pacto. En cambio, si el pacto estuviera contenido en los **estatutos**, su **contenido vincularía automáticamente** a cualquier propietario de participaciones, sin necesidad de aceptación expresa ni previsiones adicionales a tal respecto.

5.1.5 El Tribunal Supremo establece en materia de **impugnación** que *la mera infracción del convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de los acuerdos sociales; se requiere que la infracción del pacto venga acompañada de una vulneración de la ley, de los estatutos o los intereses sociales*⁴⁵. No obstante, ha llegado a resolver un supuesto de vulneración de un pacto parasocial basándose en la regla de la **buena fe contractual**, de modo que se admitió⁴⁶ la impugnación del acuerdo social basándose en el que el mismo era contrario a las exigencias de la buena fe e incurría en abuso de derecho, pues al tratarse de un pacto parasocial omnilateral, se debería conocer la posición del socio en la votación y al actuar en sentido contrario, se había vulnerado el principio de confianza legítima (artículo 7.1 CC), en relación con el incumplimiento de lo pactado en el acuerdo extraestatutario del que era parte. Por ello, teniendo en cuenta que el pacto estaría firmado por todos los Socios de HP, se podría defender la prevalencia del mismo en caso que los integrantes votaran en sentido contrario en algún momento.

5.1.6 La principal finalidad del pacto es complementar la regulación estatutaria prevista para la regulación del funcionamiento interno de la sociedad, lo cual **no** quiere decir que sus **previsiones** puedan ser **omitidas por los socios firmantes**, de modo que no sólo pueden, sino que deben respetarlo, con

⁴³ Artículo 1091 CC.

⁴⁴ STS 300/2022, de 7 de abril (FJ quinto) (ECLI:ES:TS:2022:1386).

⁴⁵ STS 128/2009, de 6 de marzo (FJ segundo) (ECLI:ES:TS:2009:940), STS 120/2020, de 20 de febrero (FJ tercero) (ECLI:ES:TS:2020:507), entre otras.

⁴⁶ STS 103/2016, de 25 de febrero (FJ noveno) (ECLI:ES:TS:2016:659).

independencia de que se haya incorporado o no a los estatutos o se hayan inscrito en el Registro Mercantil⁴⁷.

5.2 Protección estatutaria y mayorías requeridas

- 5.2.1 Dada la naturaleza contractual del pacto parasocial, su incumplimiento se podría reclamar mediante las previsiones del Código Civil, donde el socio perjudicado podría solicitar la reparación de los **daños y perjuicios**, así como la **ejecución *in natura*** (cumplimiento) del pacto⁴⁸.
- 5.2.2 Por su parte, el artículo 204 LSC establece que *son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social (...)*, de modo que para poder impugnar un acuerdo que se ha tomado en contravención del pacto social omnilateral alegando una infracción del interés social, lo más conveniente sería **incluir las máximas menciones posibles en los estatutos** de HP, ya que en ese caso, no se estaría incumpliendo un acuerdo contractual, sino los propios estatutos, dotando al socio perjudicado de doble protección: estatutaria y contractual⁴⁹.
- 5.2.3 Del mismo modo, teniendo en cuenta que ABC y XYZ tienen la voluntad de regirse por las normas del pacto, deben incluir una serie de consecuencias ante su posible incumplimiento, que podría llegar hasta la **exclusión** del socio del capital social. Contractualmente, en el pacto se establece dicha posibilidad; estatutariamente, si no está previsto en los estatutos no se puede obligar a nada, salvo que se hubiera incluido como una **prestación accesorio**⁵⁰.
- 5.2.4 Dado que los pactos parasociales exclusivamente obligan a los socios firmantes, solamente serían modificables por **acuerdo unánime** de los mismos, salvo que se previera otro mecanismo para ello. Resulta adecuado para dotar de protección y seguridad a los socios minoritarios (XYZ) en los acuerdos relativos a las relaciones internas y el modo de funcionamiento de la sociedad, ya que debido a su limitada participación en el capital social nunca podría imponer su voluntad en los casos de modificaciones estatutarias, donde se requieren mayorías reforzadas (artículo 199 LSC), pues si bien es cierto, el artículo 200 LSC permite reforzar estatutariamente las mayorías, pero **nunca llegar a la unanimidad**.
- 5.2.5 Sin embargo, el propio artículo permite que *los estatutos puedan exigir el voto favorable de un determinado número de socios* para el quórum de adopción de acuerdos. El Registro Mercantil desconoce la composición y distribución del capital social de las sociedades, por lo que sobre la base del artículo 200.2 LSC, se podría establecer en los estatutos que para la adopción de determinados acuerdos (en un principio regulados en el pacto) sea necesario el **voto favorable de al menos dos socios**. De este modo, pese a que actualmente HP solo tiene dos socios y se podría considerar como un requisito de unanimidad, la DGSJFP entiende que el capital social puede fluctuar y haber modificaciones en el sentido que se incorporen más socios⁵¹.

5.3 Contenido del pacto vs contenido de los estatutos – nombramiento de administradores

Los estatutos sociales tienen un contenido mínimo que debe constar con carácter obligatorio⁵². Por su parte, los pactos parasociales son mucho más flexibles y las partes pueden incluir lo que estimen oportuno bajo el principio de autonomía de la voluntad. La intención de los Socios es que, tras la

⁴⁷ En este sentido, cabe destacar que su inscripción no favorece la oponibilidad frente a la sociedad, pero nada impide que por su propia naturaleza extrasocietaria o extracorporativa, tengan la posibilidad de acceder al Registro Mercantil (Resolución DGRN/DGSJFP de 24 de marzo 2010), para que los terceros conozcan su existencia ("publicidad-noticia").

⁴⁸ Artículo 1124 CC.

⁴⁹ Todo ello sin perjuicio a la referencia de la STS 103/2016, de 25 de febrero (FJ noveno) (ECLI:ES:TS:2016:659), donde se admitió la impugnación del acuerdo por vulneración del pacto no incluido en los estatutos. No obstante, si se quiere optar por una completa seguridad y protección ante posibles infracciones e impugnación de acuerdos, lo más conveniente sería incluirlo en los estatutos, para disponer de la acción societaria.

⁵⁰ La incorporación de esta cláusula en los estatutos está prevista en la Resolución DGRN/DGSJFP de 26 de junio 2018. De esta manera, si alguno de los Socios (ABC o XYZ) incumplieran el pacto parasocial estarían obligados a asumir las consecuencias previstas para el incumplimiento de estatutos, incluyendo la exclusión en la Sociedad.

⁵¹ Las resoluciones DGRN/DGSJFP de 20 de septiembre 2017 y 28 de julio 2021 establecen que las modificaciones estatutarias de las mayorías son válidas siempre y cuando complementen, y no sustituyan las mayorías mínimas previstas en la LSC.

⁵² El artículo 23 LSC recoge las menciones obligatorias que deben constar en los estatutos sociales, entre las que destaca la denominación, objeto social, domicilio social, capital social, modo de organizar la administración de la sociedad ...

compraventa, HP pase a estar administrada por un consejo de administración formado por tres consejeros: dos nombrados por ABC y uno por XYZ.

Sistema de representación proporcional

- 5.3.1 El artículo 214 LSC establece que en las sociedades de responsabilidad limitada, *la competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios sin más excepciones que las establecidas en la ley*. Uno de los sistemas que prevé la LSC para el nombramiento de consejeros es el sistema de representación proporcional, recogido en el artículo 243 LSC para las sociedades anónimas. En principio, este método no es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por prohibición expresa del artículo 191 RRM. Sin embargo, se ha llegado a admitir su validez por considerarlo dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, y no suponer ninguna regla contraria a la ley o a los principios configuradores del tipo social, por lo que no es nulo⁵³.
- 5.3.2 En consecuencia, este sistema podría considerarse una opción para configurar el derecho de los socios a elegir a los consejeros. No obstante, en aplicación de la regla prevista en el artículo 243 LSC, si solamente se nombran a tres consejeros, sería necesario al menos un 33,33% del capital social para elegir a uno de ellos, por lo que no sería una opción factible para HP, dado que XYZ solamente dispone de un 10% de las participaciones sociales.

Incorporación en los estatutos

- 5.3.3 Debido a la escasa participación de XYZ en el capital social de HP, no tendría capacidad para poder nombrar a ningún administrador en el caso de adopción del acuerdo mediante el artículo 214 LSC⁵⁴, ya que en caso de que ABC votase en contra, no tendría facultad por sí mismo para nombrar a ningún consejero.
- 5.3.4 La opción más adecuada para asegurar que la distribución pretendida del nombramiento de los consejeros sea inscribible en el Registro Mercantil y que XYZ actuase en el consejo de administración, sería mediante su **incorporación en los estatutos** sociales de HP en los siguientes términos:
- 5.3.5 Por un lado, incluir una cláusula donde se defina la condición de **Socio Mayoritario** y **Socio Minoritario** en los siguientes términos:
- A efectos de lo previsto en estos estatutos, (i) el socio de la Sociedad que, en cada momento, sea titular de participaciones sociales representativas de más del 50% del capital de la Sociedad será denominado el **“Socio Mayoritario”** y (ii) el socio de la Sociedad que, en cada momento, sea titular de participaciones sociales representativas de menos de un 50% del capital de la Sociedad será denominado el **“Socio Minoritario”**.
- 5.3.6 Por otro lado, en las disposiciones dedicadas al órgano de administración y en su caso, al nombramiento de consejeros, se incluirá lo siguiente:
- La Sociedad será regida y administrada por un Consejo de Administración integrado por tres (3) miembros, de los cuales dos (2) serán nombrados a propuesta del Socio Mayoritario y uno (1) a propuesta de los Socios Minoritarios.
 - El Consejo de Administración elegirá un Presidente y un Vicepresidente entre sus miembros y un Secretario, que podrá ser o no consejero. El Presidente será uno de los

⁵³ STS 138/2009, de 6 de marzo (FJ cuarto) (ECLI:ES:TS:2009:941) y la Resolución DGRN/DGSJFP de 28 de marzo 2022. Además de fijar la validez de la cláusula, declara que la rotundidad del artículo 191 RRM no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en el ordenamiento jurídico, regido por el principio de jerarquía normativa, por lo que prevalece el artículo 28 LSC.

⁵⁴ La junta de socios sería competente para el nombramiento de los administradores, y dicho acuerdo se adoptaría por mayoría ordinaria, es decir, con el *voto favorable de la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos 1/3 de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social* (artículo 198 LSC).

consejeros designados por el Socio Mayoritario y el Vicepresidente y el Secretario serán designados el Socio Minoritario.

5.4 Conclusión

Tras el análisis descrito previamente, se ha llegado a la consideración que lo más conveniente sería **trasladar el máximo contenido** posible del pacto a **los estatutos** de HP, debido a las siguientes razones:

- (a) El pacto parasocial no es oponible frente a quienes no lo hayan firmado, ni frente a HP, por lo que ante una posible vulneración del mismo por uno de los Socios (ABC y XYZ), el perjudicado, en principio, solamente dispondría de la acción contractual para reclamarlo. En cambio, si se incluye en los estatutos, se podría alegar una vulneración de los mismos, en virtud del artículo 204 LSC.
- (b) Se puede condicionar la adopción de los acuerdos sobre materias que en un principio estuvieran reguladas en el pacto al voto favorable de dos socios (artículo 200.2 LSC). Suponiendo que en el pacto necesitasen unanimidad para la modificación del contenido (prohibido en los estatutos), XYZ en su condición de socio minoritario tiene salvaguardada su participación activa en la toma de decisiones y dispone de una mayor seguridad. Del mismo modo, en ningún momento se perjudica a ABC, ya que dichas condiciones siguen precisando de su consentimiento y no sufre ninguna minoración en su poder de decisión.
- (c) En los estatutos se puede incorporar como prestación accesoria la obligación de cumplir con el pacto parasocial, para aquellas cuestiones que por su propia naturaleza no sean trasladables a los estatutos de HP y se quiera asegurar el cumplimiento por parte de los Socios, sin perjuicio de las consecuencias por incumplimiento.
- (d) Para que el derecho que cada uno tiene a nombrar a los administradores sea inscribible en el Registro Mercantil, lo más adecuado sería incorporarlo en los estatutos mediante las definiciones abiertas de Socio Mayoritario y Socio Minoritario, de modo que no se está individualizando el derecho en ninguna persona en concreto de forma indefinida, sino que dependerá de la distribución del capital en cada momento concreto de la vida de HP.

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

6.1 Manifestaciones y garantías: ámbito de aplicación

6.1.1 Las **manifestaciones y garantías** (*Representations and Warranties*, “R&W”) son cláusulas contractuales donde las partes hacen una serie de afirmaciones o declaraciones en relación con el objeto del contrato; en este caso IESA, en calidad de vendedor respecto de HP, con el fin de facilitar a los compradores una descripción más detallada y concreta de la Sociedad, y otorgarles mayor seguridad sobre la adecuada gestión hasta el momento. Del mismo modo, en los contratos de compraventa es frecuente que también el comprador otorgue manifestaciones y garantías, si bien estas suelen limitarse a cuestiones como su capacidad legal o la ausencia de conflictos para llevar a cabo la compraventa respecto a otros compromisos asumidos previamente

6.1.2 La veracidad y exactitud de la cláusula no se entiende como una simple afirmación de un hecho, sino que se asimila a una promesa de asunción de un compromiso que en caso de ser falsa, faculta al comprador a acudir a los remedios contractuales o legales previstos frente a su incumplimiento⁵⁵. Del mismo modo, las manifestaciones y garantías tratan de evitar inconvenientes derivados del régimen de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa de participaciones sociales, sobre la base del artículo 1484 CC⁵⁶.

6.1.3 En este contexto, la función de la cláusula es otorgar certeza al comprador en la firma del contrato sobre la sociedad, y **extender el ámbito de responsabilidad del vendedor**, desplazando y haciéndole responsable de determinadas contingencias, daños o riesgos, que de otro modo asumiría el comprador.

6.1.4 La *due diligence* ha realizado un control legal y fiscal previo para detectar posibles controversias futuras. Por otro lado, las **manifestaciones y garantías no evitan el problema**, ya que operan a posteriori, una vez detectado el incumplimiento del vendedor.

6.1.5 Las R&W incluyen las contingencias más comunes y quedan cubiertas bajo el régimen de responsabilidad general del vendedor en el contrato de compraventa. A la hora de configurar este régimen de responsabilidad, con carácter general, se suelen pactar una serie de límites:

- (a) Cláusula de *mínimis*, donde el vendedor no responderá por los daños generados que sean inferiores a un determinado importe pactado.
- (b) Cláusula *basket*, donde el vendedor no responderá por los daños generados hasta que no se materialicen un número mínimo de contingencias pactadas.
- (c) Límites temporales: el vendedor solamente responderá de los daños generados durante un periodo de tiempo pactado (i.e. hasta transcurridos 18 o 24 meses desde el cierre de la operación).
- (d) Límite de responsabilidad (*liability cap*): el vendedor solamente responderá de los daños generados por las contingencias de las R&W en un determinado importe, fijado en un porcentaje sobre el precio de la compraventa (i.e. 25% del precio).

6.1.6 Por todo ello, en caso que la contingencia fiscal se incluyera en el contrato vía manifestaciones y garantías, el vendedor respondería por el régimen general de responsabilidad, y por tanto a *priori*

⁵⁵ STS 509/2010, de 3 de septiembre (FJ tercero) (ECLI:ES:TS:2010:4535) y comentario de GILI SALDAÑA, Marian a dicha sentencia (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 86, 2011, páginas 1075-1096).

⁵⁶ En aplicación del artículo 1484 CC *el vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida, si disminuyen de tal modo este uso que, de habérselos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (...)*. De este modo, las R&W evitan el plazo de caducidad de 6 meses; la limitación de las posibilidades a disposición del comprador; la necesidad de probar mala fe del vendedor para obtener una indemnización de daños y perjuicios...

sujeto a los límites previstos anteriormente. En consecuencia, sería probable que el comprador tuviera que hacer frente a una parte de la potencial sanción por parte de las autoridades tributarias, o incluso, que el importe de la misma fuese inferior a lo previsto en la cláusula de *mínimis*, por lo que los Socios tendrían que asumir íntegramente la contingencia.

6.2 Specific Indemnity

- 6.2.1 Dado lo anterior, aunque no hay certeza que la contingencia vaya a ser identificada y, en su caso, sancionada por la AEAT, se trata de una contingencia cierta y determinante, y al ser de carácter relevante, no parece que cubrirlo vía R&W sea la mejor opción, por lo que se incluiría en el SPA mediante una cláusula de **compromiso de indemnidad específico** (*Specific Indemnity*).
- 6.2.2 Mediante esta cláusula, el vendedor responde de la totalidad del daño en caso de materializarse la sanción, sin perjuicio de poder incluir más aspectos por los que las partes consideren que el vendedor deba responder íntegramente del daño.
- 6.2.3 En este caso concreto, se establecería un límite temporal de responsabilidad de cuatro años, haciéndolo coincidir con el plazo de prescripción legal de la contingencia⁵⁷.

6.3 Retención del precio mediante el establecimiento de un pago aplazado

- 6.3.1 Adicionalmente, hay que tener en cuenta que IESA no dispone de más activos en el balance aparte de HP, por lo que cuando se formalice la compraventa y en caso de materializarse la contingencia, en principio, no tendrá cómo hacer frente a la misma.
- 6.3.2 Por ello, con independencia de que la responsabilidad del vendedor se cubra vía R&W o *Specific Indemnity*, será necesario que se pacte la **retención de un importe del precio** para que, en su caso, los Socios tengan la certeza que IESA va a responder por la sanción.
- 6.3.3 El pago aplazado de parte del precio idealmente ascenderá a la totalidad de la estimación de la sanción y se mantendrá durante el periodo de prescripción de cuatro años, si bien puede acordarse una cantidad o un plazo inferior para el pago. Por tanto, a través de estas medidas, el comprador obtiene mayor seguridad y el vendedor no debe afrontar un desembolso para reparar los daños y mantener indemne a la otra parte.
- 6.3.4 De este modo, en el momento del cierre, los Socios abonarán la cantidad acordada y si una vez finalizado el plazo, la Sociedad no ha sido sancionada por la AEAT, IESA recibirá el importe pendiente del precio.
- 6.3.5 Cabe destacar que en ningún caso se está vulnerando la previsión del artículo 1445 CC por el cual el precio de la compraventa tiene que ser cierto, ya que está determinado en el momento de perfección del contrato o es determinable (en caso de posteriores ajustes) sin necesidad de un nuevo acuerdo ni que quede al arbitrio de ninguna de las partes.

6.4 Depósito en garantía (escrow account)

- 6.4.1 Es posible que IESA solicite la constitución de un **depósito en garantía (escrow account)**, donde las partes se comprometen a que el precio retenido de la compraventa permanezca en custodia o depósito de un tercero de buena fe, y no se entregue a IESA hasta que se cumplan las condiciones pactadas.
- 6.4.2 En el *escrow account* se fijarán los plazos y términos mediante los cuales IESA cobrará el importe pendiente. Es decir, si una vez transcurrido el plazo de prescripción de la responsabilidad tributaria, no se ha materializado el daño, recibirá el 100% del dinero depositado. En caso contrario, los Socios recuperarán dicho importe.

⁵⁷ En virtud del artículo 189 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la prescripción de la responsabilidad derivada de infracciones tributarias es de cuatro años.

- 6.4.3 El *escrow account* tiene carácter instrumental y accesorio respecto del contrato original de compraventa, y si finalmente optan por su formalización, será necesaria la identificación de un tercero, “agente de escrow” que velará por los intereses de las partes⁵⁸. Dado su carácter atípico, no hay requisitos específicos en cuanto a la figura del tercero, aunque, por comodidad de las partes, se recomendaría que fuera el propio notario ante el cual se elevase a público el SPA, dada su facultad de depositario⁵⁹.
- 6.4.4 Teniendo en cuenta los costes asociados al *escrow*, en concepto de tiempo, formalismos y monetarios, entre otros, y la indisponibilidad del dinero depositado, no sería una opción recomendada en caso de estar asesorando a los Socios compradores.

⁵⁸ STS 613/2014, de 24 de octubre (FJ segundo) (ECLI:ES:TS:2014:4811).

⁵⁹ Facultad prevista en los artículos 216 y 217 del Decreto 2 de junio 1944, por el que se aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (“**Reglamento Notarial**”) en los siguientes términos: *los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que se les confien (...), para su custodia.*

7. 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?

7.1 Asistencia financiera: concepto, análisis y consecuencias

7.1.1 El artículo 143.2 LSC describe el negocio prohibido de asistencia financiera en los siguientes términos:

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.

7.1.2 La asistencia financiera es una prohibición absoluta, donde se trata de evitar que la sociedad ayude financieramente a un tercero para adquirir sus las propias participaciones, o las de una sociedad del grupo en el caso de sociedades de responsabilidad limitada. Este régimen difiere en el caso de sociedades anónimas, donde el ámbito de prohibición solamente se extiende a las acciones de su propia sociedad o las de su sociedad dominante (artículo 150.1 LSC), por lo que estaría permitida la concesión de fondos para financiar la compra por un tercero de una sociedad de su grupo.

7.1.3 En este caso, se analizará la potencial asistencia financiera en la compra de las propias participaciones de HP, para lo cual se identifican los siguientes elementos del tipo:

- (a) **Objetivo:** ¿cuál es la acción prohibida? Se centra en la realización de actos que la LSC considera constitutivos de asistencia financiera, es decir, *anticipar fondos, conceder créditos o préstamos...* En este caso, la transacción pretendida cumple con el elemento objetivo, puesto que ya sea por la utilización de los €500M disponibles en caja, o mediante la concesión de préstamos a los Socios (las “**Transacciones**”), HP estaría comprometiendo efectivamente su patrimonio.
- (b) **Subjetivo:** ¿quién lleva a cabo la transacción? Para que sea constitutivo de asistencia financiera, es necesario que la sociedad que esté facilitando los fondos sea al mismo tiempo la sociedad objeto de compra (“**Target**”) o una sociedad de su grupo. Es precisamente lo que estaría realizando HP, dado que al conceder fondos para financiar la compra de sus propias participaciones estaría incurriendo en asistencia financiera.
- (c) **Teleológico:** ¿qué se trata de evitar? La finalidad que se prohíbe es asistir financieramente para que un tercero adquiriera las participaciones de la sociedad, su dominante o alguna sociedad del grupo; conducta que es exactamente la que se pretende en la compraventa de HP, por parte de los futuros nuevos Socios, ABC y XYZ.

7.1.4 En consecuencia, se puede comprobar como en la descripción expuesta en el supuesto de hecho concurren todos los elementos del tipo, por lo que siguiendo la interpretación estricta de la norma, se incurre en asistencia financiera prohibida, donde se pueden encontrar, entre otras, las siguientes consecuencias:

- (a) **Nulidad del negocio de financiación** (ya sea por el anticipo de fondos, concesión de préstamos...), pero no los negocios de suscripción, por lo que la compraventa de las participaciones de HP por parte de los nuevos Socios sería válida. No obstante, podría conllevar la restitución a la Sociedad de los fondos comprometidos⁶⁰.
- (b) **Responsabilidad civil:** si se considera que las Transacciones que engloban la asistencia financiera se han llevado a cabo en fraude de acreedores, todos los bienes en posesión

⁶⁰ SAP Madrid 165/2012, de 27 de marzo (FJ quinto) (ECLI:ES:APM:2012:5403).

del deudor pueden estar comprometidos (artículo 1111 CC), durante el plazo de prescripción de cuatro años.

- (c) **Responsabilidad de administradores:** con la asistencia financiera se busca reducir los riesgos que pueden generarse por abusos por parte de los administradores, los cuales podrían facilitar a terceros de su confianza fondos de la Sociedad para que adquieran las participaciones sociales y beneficiarse una serie de ventajas en el futuro (i.e. decisiones de la junta). Las responsabilidades de los administradores se extienden en distintas esferas:
- (i) **Ámbito administrativo:** los administradores son responsables de multas que pueden ascender hasta el valor nominal de las participaciones adquiridas con asistencia financiera (artículo 157 LSC), cuyo plazo de prescripción es de tres años.
 - (ii) **Ámbito societario:** mediante la acción social de responsabilidad (artículo 238 LSC) la Sociedad podría exigir responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad al administrador durante el plazo de cuatro años hasta la prescripción de la acción.
 - (iii) **Ámbito concursal:** si dentro de los dos años siguientes HP entrase en concurso de acreedores y se llega a demostrar que la operación constitutiva de asistencia financiera ha ocasionado o agravado la insolvencia de la Sociedad, a consecuencia de una conducta dolosa o por culpa grave (concurso culpable), los administradores pueden llegar a responder personalmente por el déficit de las deudas (artículo 442 Ley Concursal⁶¹).
 - (iv) **Ámbito penal:** en caso de que la conducta pueda implicar algún tipo de responsabilidad penal por incurrir en delitos societarios, los administradores pueden ser condenados a penas de incompatibilidades para el ejercicio de determinadas profesiones.

7.1.5 Por todo ello, teniendo en cuenta que HP estaría incurriendo en asistencia financiera prohibida al llevar a cabo las Transacciones, si se quiere optar por una postura conservadora que prevenga el riesgo de las sanciones descritas, lo más conveniente sería evitar el anticipo de fondos o concesión de préstamos a los Socios.

7.2 Asistencia financiera: ratio legis y alternativas

7.2.1 No obstante lo anterior, la Sociedad podría tratar de justificar que las Transacciones no concurren en asistencia financiera si no se ocasiona ningún perjuicio en los intereses básicos que operan en el ámbito de las sociedades de capital: los acreedores, los socios y el interés social. En este punto, entra en consideración el análisis de la norma, es decir, la *ratio legis*, que busca preservar la integridad del capital social⁶². De este modo, si tras el examen no existe ningún interés perjudicado en HP, se podría defender la validez de la compraventa de sus participaciones, ya que diversas resoluciones han fallado en este sentido, pese a la nulidad del negocio previo de asistencia financiera⁶³.

7.2.2 Los tres intereses básicos en juego sobre los cuales se va a realizar el análisis para determinar posibles perjuicios son:

- (a) **Los acreedores:** en el ámbito financiero, la asistencia financiera trata de proteger el patrimonio social en garantía de los acreedores, evitando que se destinen los fondos a

⁶¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

⁶² STS 190/2019, de 27 de marzo (FJ segundo) (ECLI:ES:TS:2019:1026): *el riesgo que se pretende generar con la prohibición, es la merma de la integridad del capital social.*

⁶³ STS 541/2018, de 1 de octubre (FJ séptimo) (ECLI:ES:TS:2018:3333), SAP Barcelona 411/2019, de 1 de marzo (FJ tercero) (ECLI:ES:APB:2019:1519), SAP Madrid 362/2019, de 12 de julio (FJ tercero) (ECLI:ES:APM:2019:6740), entre otras.

fines no relacionados con la explotación del objeto social, sino a financiar la adquisición del propio capital.

En cualquier tipo de operación societaria con presencia de acreedores, es necesario que las actuaciones se lleven a cabo salvaguardado la estructura del capital y las reservas indisponibles, de modo que se asegure la solvencia de la Sociedad, para que los terceros no vean perjudicados sus intereses en cuanto al cobro de sus créditos. En cualquier caso, los acreedores disponen del derecho de impugnación de los acuerdos, por lo que sus intereses legítimos quedarían salvaguardados en caso de posible vulneración de los mismos⁶⁴.

Los acreedores de HP son la entidad bancaria BE y el socio único IESA (acreedor del préstamo participativo). IESA no se posicionará en contra de las Transacciones, ya que él mismo lo debe autorizar (*ver apartado siguiente*). Por su parte, el crédito de BE se encuentra garantizado por diversas garantías prestadas por el socio único que serán asumidas por los nuevos Socios, por lo que en caso de que el cobro de su deuda se viera comprometido, además de tener legitimación para impugnar el acuerdo, podría accionar las garantías.

- (b) **Los socios:** con la prohibición de asistencia financiera se busca proteger los intereses de los socios minoritarios, al impedir que los administradores puedan facilitar el control de la Sociedad a personas de su confianza, concediéndoles fondos sociales⁶⁵. Cabe destacar que en la mayoría de situaciones, la concesión de fondos deberá estar aprobado por la junta de socios al tratarse de un activo esencial (artículo 160.f) LSC), por lo que en caso de que los socios minoritarios consideren que se están vulnerando sus intereses dispondrán de la acción de impugnación del acuerdo social.

En el momento previo a la compraventa, HP solamente dispone de un socio único, IESA, el cual tendría que autorizar la concesión de los fondos disponibles en caja al tratarse de un activo esencial. Por tanto, se entiende que estaría a favor de la operación y no se podría oponer en un futuro por la doctrina de los actos propios⁶⁶, por lo que no existiría vulneración alguna de los intereses de los socios en las Transacciones pretendidas en HP.

- (c) **El interés social:** se trata del interés común de los socios en una sociedad, conformado por la suma de sus intereses particulares. En este sentido, se establece una remisión a lo previsto anteriormente en relación a los intereses de los socios, de modo que si consideran que la acción prevista comporta un perjuicio para los intereses comunes de la Sociedad, están legitimados para ejercitar la acción de impugnación del acuerdo.

En este sentido, el artículo 204.1 LSC establece que la lesión de interés social también se puede llegar a producir cuando el acuerdo se ha impuesto de manera abusiva por la mayoría, aunque no cause un daño al patrimonio social. En este caso, como se ha hecho referencia anteriormente, las Transacciones deben ser autorizadas por el socio único, y en caso de que se otorgue un préstamo, la Sociedad puede llegar a obtener un beneficio económico por la devolución del principal con intereses, por lo que se podría defender que la operación le reporta unos beneficios económicos y ha sido aprobado unánimemente por el 100% del capital social, de modo que no se genera un perjuicio al interés social.

En cualquier caso, la Sociedad dispone de la acción social de responsabilidad de los administradores (artículo 238 LSC), pues si bien es cierto el socio único autoriza la salida

⁶⁴ A raíz de la SAP Córdoba 219/2009, de 23 de diciembre (FJ octavo) (ECLI:ES:APCO:2009:1509), que fue confirmada por la STS 779/2012, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8305), la doctrina y jurisprudencia tiene por una mayor flexibilización de los requisitos de la asistencia financiera, en la medida en que (i) se exijan mayorías cualificadas o derechos de oposición para los socios minoritarios; y (ii) se preserven el capital y reservas obligatorias para los intereses de los acreedores (Rodrigo del Saz, 2018: *Good papers: cuando se afirma la existencia de asistencia financiera pero no se anula el negocio jurídico que la articula*, Almacén de Derecho).

⁶⁵ SAP Córdoba 219/2009, de 23 de diciembre (FJ octavo) (ECLI:ES:APCO:2009:1509).

⁶⁶ Prevista por el artículo 7.1 CC.

de dinero, pero es el administrador el que ejecutará la decisión⁶⁷, por lo que los intereses sociales no se ven desprotegidos.

- 7.2.3 Una de las posibilidades a considerar, teniendo en cuenta que no se origina ningún perjuicio para los acreedores, Socios y Sociedad, sería una **compraventa con precio aplazado**. De este modo, los Socios formalizarían la compra de HP y con posterioridad, la Sociedad distribuiría dividendos o les concedería préstamos con los que hacer frente al pago del precio. No obstante, se podría considerar una actuación en fraude de ley que conllevaría la nulidad del negocio jurídico en sí mismo, pero no de la compraventa de participaciones sociales⁶⁸.
- 7.2.4 Por todo ello, se puede concluir que optando por una actuación prudente, lo más adecuado sería no llevar a cabo las Transacciones previstas, dado que con una interpretación literal de la norma, HP estaría incurriendo en asistencia financiera. No obstante, tal y como se ha mencionado, en los últimos años, los tribunales han optado por una interpretación más flexible de la prohibición, de modo que siempre y cuando los tres intereses en juego se encuentren protegidos, se podría llegar a defender la validez del negocio subyacente (la compraventa de las participaciones de HP por parte de los Socios), aunque teniendo en cuenta y ponderando en todo momento los riesgos que entraña el negocio y las posibles sanciones que podrían derivarse.

⁶⁷ Resolución DGRN/DGSJFP de 4 de febrero 2011, establece que el órgano de administración tiene otorgada la gestión y representación de la Sociedad, sin que de ningún modo se pueda considerar que la intervención de la junta / socio único en actos de gestión, suponga un vaciamiento de las funciones de los administradores.

⁶⁸ STS 541/2018, de 1 de octubre (FJ noveno) (ECLI:ES:TS:2018:3333), SAP Madrid 24/2020, de 27 de enero (FJ segundo) (ECLI:ES:APM:2020:1010).

8. **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?**

8.1 Cambio del domicilio social

8.1.1 De acuerdo con el artículo 23 c) LSC, una de las menciones esenciales de los estatutos sociales es el domicilio social, el cual adquiere una gran relevancia en cuestiones como la competencia judicial, determinante del registrador mercantil provincial... De este modo, un **cambio en el domicilio social** conlleva automáticamente una **modificación estatutaria**, competencia de la junta general (artículo 285 LSC). No obstante, el apartado 2 establece la excepción a la regla general en el sentido que, salvo disposición en contrario en los estatutos, será el **órgano de administración** el competente para **cambiar el domicilio social dentro del ámbito nacional**.

8.1.2 Por tanto, el nuevo consejo de administración de HP tras la compraventa será competente para cambiar el domicilio social a Madrid, salvo que en los estatutos se establezca expresamente que dicho órgano no ostenta la competencia. Tal y como prevé el artículo 9 LSC, es imprescindible que si se cambia el domicilio a Madrid, sea ahí donde se halle el centro de efectiva administración, principal establecimiento o explotación.

8.1.3 En términos generales, las modificaciones estatutarias requieren de una propuesta de modificación del texto en cuestión, aunque no es necesario cuando se acuerda por los administradores. No obstante, nada lo impide, o incluso que se precise de la autorización o ratificación del acuerdo por parte de la Junta.

8.2 Revocación y otorgamiento de poderes generales

8.2.1 En cuanto a la revocación y posterior otorgamiento de poderes generales, el órgano competente también será el **consejo de administración**, al tener conferida la gestión y representación de la sociedad. Del mismo modo, para el caso específico de otorgamiento y revocación de poderes ha sido confirmado expresamente en diversas resoluciones de la DGSJFP⁶⁹.

8.2.2 La documentación de ambos acuerdos se deberá realizar **tras la firma del contrato de compraventa y la constitución del consejo de administración** por parte de la nueva junta de Socios, mediante acta de la reunión del consejo de administración, donde se recoja la celebración de la misma y adopción de los acuerdos tras la distribución de cargos (presidente y secretario del consejo).

8.2.3 El acta se aprobará por los asistentes y será firmada por el secretario con el visto bueno del presidente. El secretario, en su calidad de persona con facultad certificante, **certificará el acuerdo**, elevándose a público ante notario para su posterior **inscripción** en el Registro Mercantil y el despliegue de efectos frente a terceros⁷⁰.

⁶⁹ El artículo 209 LSC establece que la competencia de los administradores para la gestión y representación de la sociedad. En cuanto a la revocación y otorgamiento de poderes, las Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 1 de marzo 1993, y 11 de febrero de 2014, entre otras han establecido que *la Junta General no puede otorgar poderes – y lo mismo debe entenderse respecto de la revocación de los mismos – ya que el órgano competente para ello es el órgano de administración (...)*.

⁷⁰ Cabe destacar que de acuerdo con la doctrina sentada por la Resolución DGRN/DGSJFP de 11 de marzo 2005, y reproducida en otras sucesivas como la de 9 de marzo 2022, para que los acuerdos sean inscribibles será preciso la firma legitimada de quienes expiden o autorizan los documentos que sirven de base para elevar a público los acuerdos sociales, y dicha legitimación debe llevarse a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 261 del Reglamento Notarial.

9. **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?**

9.1 Deuda con Bancos

9.1.1 Respecto a la deuda bancaria con BE por importe de €400M, según el contexto del supuesto de hecho, sería posible su refinanciación a través del sindicato bancario alemán. Este tipo de operaciones de refinanciación bancaria son muy comunes en el mercado de M&A, donde la sociedad compradora una vez ha adquirido el control de la sociedad Target mediante la firma del SPA cancela las deudas pendientes para su refinanciación con otra entidad o sindicato bancario, con unas condiciones presumiblemente más beneficiosas.

9.1.2 Desde el punto de vista del acreedor (BE), normalmente la amortización anticipada pueda ser una opción exigible, ya que el banco desconoce la nueva estrategia a tomar por la sociedad e incluso la solvencia de los nuevos propietarios, por lo que se incluyen las cláusulas de cambio de control donde se especifica que en estos supuestos, la cancelación del préstamo puede ser de carácter automático y obligatorio con la compraventa. Además, a la hora de suscribir el préstamo, se han otorgado una serie de garantías por los socios, que generalmente suelen avalar el préstamo con carácter personal, por lo que ante los nuevos propietarios, BE podría exigir la amortización anticipada o el otorgamiento de nuevas garantías, cuestiones a las que se ha hecho referencia en la pregunta 3.

9.1.3 Por tanto, en principio no parece que exista ningún inconveniente en cuanto a la amortización total del importe pendiente de la Deuda con Bancos con carácter previo a su vencimiento. Para ello, HP se pondrá en contacto con BE para hacerle saber su intención de repagar adelantadamente la deuda pendiente. Es posible que lleve consigo el pago de una **cláusula de penalización** por cancelación anticipada, la cual tiene el objetivo de compensar al banco por una minoración de sus flujos futuros de ingresos financieros, así como por el coste de la transacción.

9.2 Deuda con Socios

Contexto normativo general

9.2.1 En relación a la Deuda con Socios, IESA concedió **préstamos participativos** a favor de HP. Una vez formalizada la compraventa, los Socios han adquirido la titularidad en función de su participación en el capital social, por lo que los nuevos acreedores son: ABC (€90M) y XYZ (€10M).

9.2.2 Dado el actual contexto normativo, los préstamos participativos solamente se encuentran regulados por el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio ("**RDL 7/1996**") y por lo previsto en la jurisprudencia. Se trata de una modalidad especial de préstamo, donde el prestamista (Socios) no solo entrega dinero, sino que además participa en los beneficios de la sociedad, por lo que la retribución será a tipo variable en función de la evolución de HP (beneficio neto, volumen de negocios, patrimonio total...).

9.2.3 A efectos mercantiles, los préstamos participativos tienen la consideración de **fondos propios** en la estructura financiera de la sociedad, lo que contribuye a evitar estar incurso en causas de disolución o reducción obligatoria de capital. Esta mención tiene una gran importancia, ya que *los préstamos o aportaciones de socios con derecho a ser restituidos, si no tienen la condición de préstamos participativos, forman parte del pasivo exigible*⁷¹.

9.2.4 Dada la actual regulación, la cancelación de un préstamo participativo solamente se podrá llevar a cabo *mediante una **ampliación de igual cuantía de sus fondos propios** y siempre que no provenga de la actualización de activos*⁷². Con esta medida se evita que la sociedad se descapitalice, salvaguardando su masa patrimonial, pues en caso de no

⁷¹ STS 215/2020, de 1 de junio (FJ quinto) (ECLI:ES:TS:2020:1503).

⁷² Artículo 20.Uno.b) RDL 7/1996.

Llevar a cabo ninguna ampliación de fondos propios, el patrimonio se reduciría, causando un perjuicio en los intereses de acreedores.

- 9.2.5 En consecuencia, para poder cancelar anticipadamente la Deuda con Socios sería necesario ampliar los fondos propios de HP en €100M, todo ello sin perjuicio del pago, en su caso, de una posible **cláusula penalizadora** por amortización anticipada. La ampliación se puede realizar mediante la emisión de nuevas participaciones, con el aumento del valor nominal de las ya existentes (artículo 295 LSC) o por aportaciones de los Socios.
- 9.2.6 En este sentido, se analizarán las diferentes alternativas para la cancelación del préstamo participativo, considerando que, mediante la refinanciación, la nueva deuda a asumir con el Sindicato ascendería a €500M.

Opción 1: Ampliación de capital social

9.2.7 Por aportaciones dinerarias o no dinerarias de los Socios, por importe de €100M (artículos 299 y 300 LSC)

De este modo, aumentan los fondos propios de HP por el importe correspondiente al préstamo participativo, aunque dispone de una serie de inconvenientes ya que:

- (i) los Socios deben asumir inmediatamente los desembolsos en función de su participación en el capital social para no alterar su distribución (€90M ABC y €10M por XYZ), y se desconoce si disponen de los fondos necesarios;
- (ii) no se produce inmediatamente, conlleva una modificación estatutaria que debe ser aprobada por la junta general con el procedimiento previsto en la LSC.

PASIVO (Ex-ante) (en millones de euros)		PASIVO (Post-ante – Ampliación aportaciones Socios) (en millones de euros)	
Capital	1	Capital	101
Reservas (RL + RLD)	499	Reservas (RL + RLD)	499
Deuda con Socios	100	Nueva Deuda (Sindicato)	500
Deuda con Bancos	400		
Total	1.000	Total	1.100

9.2.8 Por compensación de créditos (artículo 301.1 LSC)

De esta forma, se capitalizarían €100M de los €400M provenientes de la Deuda con Bancos, por lo que los fondos propios aumentarían y sería posible la cancelación del préstamo participativo. Los inconvenientes se deben a:

- (i) independientemente de que la Deuda con Bancos haya sido refinanciada por el Sindicato al llevar a cabo la transacción, sería necesario que los Socios recompraran €100M de la Deuda con Bancos en proporción a su participación en el capital social. En caso contrario, entrarían como Socios en el capital social de HP las entidades que conforman el Sindicato (mediante la compensación se cancela la deuda a cambio de la participación en el capital social);
- (ii) para evitar los trámites relativos a la recompra de parte de la deuda, los Socios podrían conceder un préstamo de €100M directamente a la Sociedad en función de su participación en HP y capitalizar dicha deuda mediante la correspondiente ampliación de capital;
- (iii) se desconoce si los Socios disponen de los fondos necesarios para llevar a cabo la recompra o si tienen que solicitar un préstamo, de modo que se volvería a la situación descrita en el apartado a).

PASIVO (Ex-ante) (en millones de euros)		PASIVO (Post-ante – Ampliación préstamo Socios) (en millones de euros)	
Capital	1	Capital	101
Reservas (RL + RLD)	499	Reservas (RL + RLD)	499
Deuda con Socios	100	Nueva Deuda (Sindicato)	400
Deuda con Bancos	400	Deuda Préstamo Socios	100
Total	1.000	Total	1.100

9.2.9 En cualquier caso, ambas modalidades de ampliación de capital descritas anteriormente comportan necesariamente una alteración en la cifra reflejada en los estatutos sociales, lo que conlleva una **modificación estatutaria**, cuya aprobación es competencia de la junta de socios (artículo 285 LSC), y se deberá cumplir con el siguiente procedimiento, para salvaguardar todos los intereses en juego (Socios, Sociedad y acreedores):

- (1) Convocatoria de la junta general, con un plazo mínimo de quince días desde la convocatoria hasta la celebración (artículo 176.2 LSC).
- (2) Acuerdo de modificación de estatutos de la junta general de socios, adoptado por mayoría legal reforzada del artículo 199 LSC (voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones del capital social), salvo que la mayoría se haya reforzado estatutariamente. Los socios que hubieran votado en contra disponen de la acción de impugnación, para salvaguardar sus intereses y el de la Sociedad.
- (3) Asunción de las nuevas participaciones o determinación del nuevo valor nominal.
- (4) Desembolso pleno del valor nominal de las participaciones sociales (artículo 78 LSC).
- (5) Elevación a público del acuerdo ante notario.
- (6) Inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil. En este momento, los terceros que puedan tener algún interés en la Sociedad (i.e. acreedores) adquieren la acción de impugnación del acuerdo, por lo que su derecho se ve salvaguardado.

Opción 2: Ampliación de fondos propios por aportaciones de socios (sin abono del capital social)

9.2.10 Al igual que en los escenarios anteriores, los Socios deberían realizar un desembolso de €100M, pero no se materializaría en un aumento de capital, sino que se destinaría a la cuenta contable 118 *Aportaciones de socios o propietarios*, formando parte de los fondos propios de la Sociedad.

9.2.11 De esta manera, los intereses de los acreedores y la Sociedad quedarían cubiertos ya que en ningún caso se genera una disminución del importe final del patrimonio neto. Del mismo modo, supone un ahorro considerable en cuanto a formalidades, gastos y tiempo, ya que el aumento se produce de forma instantánea al desembolso, y al no variar la cifra final de capital social, **no precisa de modificación estatutaria**.

9.2.12 Esta opción resulta la más beneficiosa para la Sociedad ya que realmente **no es recomendable aumentar la cifra de capital social**, ya que si en ejercicios posteriores la Sociedad devenga pérdidas, es más probable que se vea incurso en causa legal de disolución por el artículo 363.1.e) LSC⁷³. Del mismo modo, para los **acreedores** resulta más conveniente que los fondos se incluyan en **partidas más líquidas**, ya que salvo en

⁷³ Cuanto más alta sea la cifra de capital social, más probable será que en caso de pérdidas, el patrimonio neto se vea reducido a un importe inferior a la mitad del capital social, por lo que la Sociedad entraría en causa legal de disolución.

situaciones de liquidación, nunca cobrarían sus deudas de los fondos provenientes del capital social o reservas indisponibles.

PASIVO (Ex-ante) (en millones de euros)		PASIVO (Post-ante – Ampliación aportaciones Socios) (en millones de euros)	
Capital	1	Capital	1
Reservas (RL + RLD)	499	Reservas (RL + RLD)	499
Deuda con Socios	100	Aportaciones de socios	100
Deuda con Bancos	400	Nueva Deuda (Sindicato)	500
Total	1.000	Total	1.100

Otras opciones

- 9.2.13 Otra de las alternativas a considerar es la posibilidad de mantener el préstamo participativo actualmente en vigor, mediante una **subrogación de la figura del acreedor**, de modo que el Sindicato adquiriría esta condición y a la Sociedad no le ocasionaría mayores impedimentos dado que al no estar amortizando como tal el préstamo, no tendría que llevar a cabo la ampliación de fondos propios. Sin embargo, es posible que el Sindicato no acepte la propuesta, ya que tendría que considerar que:
- (a) aunque nada impide el pacto de un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad de la Sociedad, el interés a percibir por el prestamista suele depender directamente del progreso de HP, por lo que el Sindicato debe confiar completamente en el proyecto empresarial y la generación de beneficios futuros;
 - (b) en la orden de prelación de créditos, los préstamos participativos, se sitúan después de los acreedores comunes en caso de posible concurso de acreedores.
- 9.2.14 No obstante, suponiendo que el Sindicato aceptase configurarse en acreedor del préstamo participativo, se puede comprobar cómo se respetan los intereses de todas las partes intervinientes en la operación: (i) se cumple con los intereses de los Socios, cuya intención es la refinanciación de la deuda con el Sindicato; (ii) la situación financiera de la Sociedad no sufre modificaciones y mantiene las mismas obligaciones; (iii) los intereses de los acreedores no se perjudican, dado que la Sociedad no ha minorado sus fondos propios.
- 9.2.15 Por todo lo expuesto, con carácter previo a la ejecución de las operaciones de refinanciación habría que considerar el coste de oportunidad, pues en definitiva, las obligaciones pendientes en el balance de HP no desaparecen, sino que cambian de acreedor (el Sindicato). Habría que analizar las condiciones financieras e intereses que ofrece y comparar si aun así, y teniendo en cuenta los requisitos societarios, inyecciones previas de capital y comisiones a pagar, tanto por cláusulas de cambio de control, amortización anticipada de ambos préstamos (Bancos y Socios) y garantías, resulta más favorable para los intereses y la situación económico – patrimonial de HP.

10. 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, qué órgano(s) debería(n) aprobar la suscripción del nuevo contrato y con qué requisitos? ¿Identificamos algún riesgo en relación a dicha resolución?
- 10.1 Contrato de O&M vigente entre OP y HP
- 10.1.1 Un contrato de operación y mantenimiento (“O&M”) en el marco de una central hidráulica comprende en términos generales un mantenimiento de los centros de producción, mantenimiento de turbinas hidráulicas y una serie de componentes con los que los proveedores de O&M ofrezcan a sus clientes todos los servicios que maximicen la disponibilidad y rentabilidad de las instalaciones hidráulicas. El contrato de O&M incluye una **cláusula de exclusividad**, por lo que se entiende lo siguiente:
- (a) OP presta sus servicios en exclusiva a HP, de acuerdo a las condiciones pactadas por las partes en relación a los servicios, zonas geográficas, tiempo que durará la exclusividad, posibles consecuencias y sanciones por incumplimiento de la cláusula..., y
- (b) HP no suscribe ningún contrato de O&M con terceros proveedores distintos de OP.
- 10.1.2 En este caso, el contrato de O&M incluía una **cláusula de cambio de control**, por lo que si tras la compraventa, OP accionara la cláusula, el contrato quedaría resuelto y HP tendría libertad para contratar con otro proveedor. No obstante, se procederá a evaluar la situación y posibles consecuencias suponiendo que no se activa la mencionada cláusula, y que el supuesto de hecho se basa en una **resolución anticipada del contrato de O&M por decisión unilateral de HP**.
- 10.1.3 Adicionalmente, bajo el contrato de O&M, los **Socios** se han comprometido a prestar una serie de **garantías**, por lo que ante una resolución del contrato por parte de HP, hay que tener en cuenta que OP podría exigir responsabilidades, y los Socios podrían llegar a responder personalmente, en función de lo pactado.
- 10.1.4 OP y HP tienen suscrito un **contrato de arrendamiento de servicios**, donde OP se obliga a la prestación de los mismos a cambio de un precio cierto a pagar por HP (artículo 1544 CC). Mediante la firma del contrato, ambas partes están obligadas a cumplir con las obligaciones pactadas, de modo que, si una de las partes no cumpliera, la otra tendría la facultad para resolver el contrato⁷⁴.
- 10.1.5 La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la **acción resolutoria** implícita en el artículo 1124 CC establece que para que pueda prosperar, es necesario que quien la alegue cumpla con los siguientes requisitos: 1º. *Existencia de un vínculo contractual*; 2º. *Reciprocidad en las prestaciones estipuladas*; 3º. *Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían*; 4º. *Que dicho resultado sea consecuencia de una prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante*. 5º. *Que quien ejercite la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (...)*⁷⁵. Por todo ello, HP no podría fundamentar la resolución del contrato de O&M en un incumplimiento de las obligaciones por parte de OP, por lo que **carece de justa causa**.
- 10.1.6 Por otro lado, la **resolución unilateral infundada de un contrato de prestación de servicios tiene como efecto la indemnización de daños y perjuicios**⁷⁶, consecuencia a la que se deberá enfrentar HP ante una posible demanda de OP por resolución contractual sin causa.

⁷⁴ El artículo 1124 CC prevé esta facultad para las obligaciones recíprocas.

⁷⁵ La SAP Madrid 258/2009, de 1 de junio (FJ cuarto) (ECLI:ES:APM:2009:19761) cita jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

⁷⁶ STS 658/2014, de 18 de noviembre (FJ primero) (ECLI:ES:TS:2014:4613).

- 10.1.7 Otro de los aspectos a considerar, es la **valoración de la indemnización**, la cual se integra por el aspecto patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y moral⁷⁷. Se desconoce la duración pactada del contrato con OP, pero dado que se resuelve de forma anticipada, la indemnización por lucro cesante incluirá las cantidades que deja de percibir mientras durase su vigencia.
- 10.1.8 Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el contrato incluye una cláusula de exclusividad. No obstante, con la información disponible, no se puede considerar que HP haya incumplido la cláusula al contratar con terceros proveedores durante la vigencia de la exclusividad con OP, ya que realmente, en caso de que finalmente se suscribiera otro contrato con una sociedad distinta, se entiende que el contrato original ya estaría resuelto. En consecuencia, no parece probable que OP pudiera exigir indemnización alguna en concepto de incumplimiento de la exclusividad.
- 10.2 *Potencial contrato de O&M entre HP y la sociedad del grupo de ABC*
- 10.2.1 Las **operaciones vinculadas** son todas aquellas operaciones económicas realizadas entre personas o entidades no independientes con algún tipo de relación. Se consideran entidades vinculadas las integradas en un grupo de sociedades⁷⁸.
- 10.2.2 De este modo, la prestación de un contrato de O&M entre HP y una sociedad perteneciente al mismo grupo que su Socio Mayoritario, propietario de un 90% del capital social, tendrá la consideración de operación vinculada (se entiende que ABC y la sociedad del grupo tendrán una entidad dominante que ostente el control), debiendo valorarse a **valor normal de mercado**, con independencia de la valoración convenida por las partes.
- 10.2.3 Los **precios de transferencia** son aquellos precios pactados en cualquier transacción entre entidades vinculadas. Con la valoración obligatoria a valor de mercado se trata de evitar y, en su caso corregir, posibles transferencias encubiertas de renta que se puedan generar entre entidades vinculadas.
- 10.2.4 Para determinar el valor de mercado, el artículo 18.4 LIS establece distintos métodos. Uno de los más adecuados en estos casos es el *método del precio libre comparable*, donde se deberá realizar un **análisis de comparabilidad**, identificando operaciones entre entidades independientes y con condiciones equiparables a la operación vinculada que pretende valorarse.
- 10.2.5 En este caso, el potencial contrato entre HP y la entidad del grupo ABC es comparable al contrato actualmente en vigor con OP. Se ha determinado que pese a que el nuevo contrato ofrece condiciones más beneficiosas para HP (condición necesaria en prestaciones de servicios de acuerdo con el artículo 18.5 LIS), no llega a considerarse fuera de mercado. No obstante, HP está obligado a documentar la determinación del valor de mercado para la posterior comprobación por la Administración Tributaria (artículo 18.3 LIS).
- 10.2.6 Tal y como establece la normativa tributaria, es el propio sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades (HP) quien tendrá que analizar el valor de mercado de sus operaciones vinculadas y realizar los **ajustes fiscales** oportunos al precio de transferencia, o en caso contrario, será la Administración Tributaria la que llevará a cabo las correcciones valorativas junto con posibles sanciones por incumplimiento. Al tratarse de prestación de servicios entre entidades vinculadas, para admitir la plena deducibilidad fiscal de los gastos soportados por los servicios intragrupo se exigen los siguientes requisitos:
- (a) acreditación de la realidad y efectividad del servicio prestado: existencia de un contrato escrito detallando las principales condiciones (servicios recibidos, tiempo, interés económico...), facturas...

⁷⁷ STS 844/2010, de 21 de diciembre (FJ séptimo) (ECLI:ES:TS:2010:6947) establece que *con la indemnización se pretende que la reparación o compensación del patrimonio lesionado quede en situación igual o equivalente a la situación que tenía antes de haberse infringido el daño*. La STS 658/2014, de 18 noviembre (FJ primero) (ECLI:ES:TS:2014:4613) recoge los aspectos que componen la indemnización.

⁷⁸ El concepto de grupo de sociedades debe ser interpretado de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.2.d) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ("LIS"), y el artículo 42 del Código de Comercio (*cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de una u otras*).

- (b) retribución a valor de mercado de los servicios recibidos como si se tratase de dos entidades independientes en circunstancias comparables.

10.2.7 Por tanto, en caso de que finalmente se lleve a cabo la operación, HP deberá tener en cuenta estos requisitos, documentarlos y justificarlos adecuadamente para evitar posibles sanciones fiscales.

10.2.8 A la hora de determinar el **órgano competente** para la aprobación y suscripción del nuevo contrato de O&M, habría que considerar el importe total del mismo, ya que si supera el **10% del activo total de HP**, la **junta general** debe aprobar la operación, y en caso contrario, su aprobación es competencia del órgano de administración, tal y como establecen las normas previstas en el artículo 231 bis LSC⁷⁹.

10.2.9 En este caso hay que tener en cuenta que el potencial conflicto de interés se da en relación a uno de los socios de HP, ABC. De este modo, suponiendo que la aprobación del contrato fuese competencia del **consejo de administración** de HP al no superar el umbral del 10% del valor del activo total (€100M), no habría razones para excluir en la aprobación del nuevo contrato a ninguno de los consejeros de la Sociedad.

10.2.10 En todo caso, en conexión con los deberes de los administradores, hay que tener en cuenta que siempre debe primar el interés social, y en el supuesto en que el resto de socios o terceros considerasen que se ha vulnerado el mismo o les ha ocasionado algún perjuicio, disponen del ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo por su contrariedad con el interés social y, en su caso, la acción social de responsabilidad de los administradores.

10.3 Conclusiones de la operación

En definitiva, los principales riesgos a los que se podría enfrentar HP al efectuar la citada operación son los siguientes:

- (a) **Contractuales:** (i) cláusulas penalizadoras por resolución e incumplimiento previstas en el contrato de O&M; (ii) prestación de garantías personales por parte de los Socios.
- (b) **Judiciales:** (i) demanda por resolución unilateral del contrato de O&M sin justa causa, con la consiguiente apertura del procedimiento judicial (perjuicios económicos, reputacionales, formalismos...); (ii) indemnización por resolución unilateral (daño emergente, lucro cesante y en su caso, daño moral).
- (c) **Fiscales:** posibles sanciones tributarias por la valoración de precios de transferencia en operaciones vinculadas.

⁷⁹ Supone una de las principales modificaciones de la LSC, introducida recientemente por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (...), de modo que la suscripción de operaciones vinculadas puede requerir la aprobación por parte de la junta general, si el importe de la operación supera el 10% del activo total de la sociedad.

11. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

11.1 Legislación

11.1.1 Legislación internacional

- Convenio de la Haya nº XII, de 5 de octubre 1961 (BOE núm. 229, de 25 de septiembre 1978)
- Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE núm. 24, de 29 de enero 2004)
- Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE núm. 345, de 29 de diciembre 2011)

11.1.2 Legislación nacional

- 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 (BOE núm. 160, de 5 de julio 2003)
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre 2003)
- Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE núm. 286, de 30 de noviembre 2006)
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio 2007)
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (BOE núm. 103, de 29 de abril 2010)
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, de 28 de noviembre 2014)
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182, de 31 de julio 2015)
- Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOE núm. 88, de 13 de abril 2021)
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre 1885)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio 1889)
- Decreto 2 de junio 1944, por el que se aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 7 de julio 1944)
- Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (BOE núm. 167, de 13 de julio 1991)
- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE núm. 139, de 8 de junio 1996)

- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE núm. 184, de 31 de julio 1996)
- Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores (BOE núm. 106, de 4 de mayo 1999)
- Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE núm. 62, de 12 de abril 2004)
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE núm. 213, de 5 de septiembre 2007)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio 2010)
- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE núm. 110, de 6 de mayo 2014)
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE núm. 255, de 24 de octubre 2015)
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73 de 18 de marzo 2020)
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE núm. 127, de 7 de mayo 2020)
- Real Decreto-Ley 7/2021, de 25 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE núm. 101, de 28 de abril 2021)
- Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación (BOE núm. 281, de 24 de noviembre 2021)
- Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización (BOE núm. 134, de 5 de junio 2001)

11.2 Jurisprudencia

11.2.1 Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil)

- Sentencia del Tribunal Supremo 1139/2006, de 17 de noviembre 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7274)
- Sentencia del Tribunal Supremo 128/2009, de 6 de marzo 2009 (ECLI:ES:TS:2009:940)
- Sentencia del Tribunal Supremo 138/2009, de 6 de marzo 2009 (ECLI:ES:TS:2009:941)
- Sentencia del Tribunal Supremo 509/2010, de 3 de septiembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4535)
- Sentencia del Tribunal Supremo 844/2010, de 21 de diciembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6947)
- Sentencia del Tribunal Supremo 234/2011, de 14 abril 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2688)

- Sentencia del Tribunal Supremo 616/2012, de 23 octubre 2012 (ECLI:ES:TS:2012:672)
- Sentencia del Tribunal Supremo 779/2012, de 9 de diciembre 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8305)
- Sentencia del Tribunal Supremo 613/2014, de 24 de octubre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4811)
- Sentencia del Tribunal Supremo 658/2014, de 18 de noviembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4613)
- Sentencia del Tribunal Supremo 103/2016, de 25 de febrero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:659)
- Sentencia del Tribunal Supremo 73/2018, de 14 de febrero 2018 (ECLI:ES:TS:2018:410)
- Sentencia del Tribunal Supremo 541/2018, de 1 de octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3333)
- Sentencia del Tribunal Supremo 190/2019, de 27 de marzo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1026)
- Sentencia del Tribunal Supremo 120/2020, de 20 de febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:507)
- Sentencia del Tribunal Supremo 215/2020, de 1 de junio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1503)
- Sentencia del Tribunal Supremo 300/2022, de 7 de abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386)

11.2.2 Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 258/2009, de 1 de junio 2009 (ECLI:ES:APM:2009:19761)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 219/2009, de 23 de diciembre 2009 (ECLI:ES:APCO:2009:1509)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 165/2012, de 27 de marzo 2012 (ECLI:ES:APM:2012:5403)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 411/2019, de 1 de marzo 2019 (ECLI:ES:APB:2019:1519)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 362/2019, de 12 de julio 2019 (ECLI:ES:APM:2019:6740)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 24/2020, de 27 de enero 2020 (ECLI:ES:APM:2020:1010)

11.3 Doctrina Administrativa

- Resolución DGRN/DGSJFP de 1 de marzo 1993
- Resolución DGRN/DGSJFP de 11 de octubre 1999
- Resolución DGRN/DGSJFP de 11 de marzo 2005
- Resolución DGRN/DGSJFP de 7 de mayo 2008
- Resolución DGRN/DGSJFP de 24 de marzo 2010
- Resolución DGRN/DGSJFP de 4 de febrero 2011
- Resolución DGRN/DGSJFP de 11 de febrero 2014

- Resolución DGRN/DGSJFP de 14 de septiembre 2016
- Resolución DGRN/DGSJFP de 20 de septiembre 2017
- Resolución DGRN/DGSJFP de 26 de junio 2018
- Resolución DGRN/DGSJFP de 28 de julio 2021
- Resolución DGRN/DGSJFP de 9 de marzo 2022
- Resolución DGRN/DGSJFP de 28 de marzo 2022

ANEXO 4.1.4

PACTO DE SOCIOS DE LA SOCIEDAD HIDRO POWER, S.L.

ENTRE

ABC CAPITAL EU S.A.R.L.

Y

XYZ, S.L.

**PACTO DE SOCIOS
HIDRO POWER, S.L.**

entre

ABC CAPITAL EU S.A.R.L.

Y

XYZ, S.L.

En Madrid, a 21 de diciembre 2022

ÍNDICE

1.	DEFINICIONES E INTERPRETACIÓN	4
2.	OBJETO	4
3.	CARÁCTER VINCULANTE	4
4.	GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD	4
5.	OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS	5
6.	RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES	6
7.	RESTRICCIONES A LA TRANSMISIÓN	6
8.	PERIODO DE BLOQUEO.....	7
9.	NO COMPETENCIA	7
10.	VIGENCIA	8
11.	CONFIDENCIALIDAD.....	8
12.	INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO.....	8
13.	NOTIFICACIONES.....	8
14.	NULIDAD PARCIAL O ILEGALIDAD SOBREVENIDA	8
15.	ACUERDO ÚNICO. PREVALENCIA	8
16.	LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN	9

REUNIDOS

De una parte:

- A. **ABC CAPITAL EU S.A.R.L.**, sociedad de nacionalidad luxemburguesa, con domicilio social en 33A Av. John F. Kennedy, 2010, Luxemburgo, con N.I.E. X1234567X, inscrita en el Registro Mercantil de Luxemburgo, bajo el número 15749 (el "**Socio Mayoritario**").

El Socio Mayoritario se encuentra debidamente representado por Verónica Álvarez Izquierdo, mayor de edad, de nacionalidad española, con domicilio a estos efectos en calle Alberto Aguilera 23, 28015 Madrid con D.N.I. 50.238.005-W, que actúa en condición de apoderado, según consta en la escritura de poder otorgada el 21 de noviembre de 2022 ante el notario de Luxemburgo, Dña. Karine Reuter; y

De otra parte:

- B. **XYZ, S.L.**, sociedad de nacionalidad española, con domicilio social en Calle Serrano 55, 28006 Madrid, con N.I.F. B-28017895, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al tomo 43962, folio 187, hoja M-77703 (el "**Socio Minoritario**").

El Socio Mayoritario se encuentra debidamente representado por David García Martínez, mayor de edad, de nacionalidad española, con domicilio a estos efectos en el del Socio Minoritario, con D.N.I. 58.471.132-H, que actúa en su condición de administrador único, según consta en la escritura pública de constitución otorgada el 11 de octubre de 2015 ante el notario de Madrid, D. Luis Rueda Esteban con el número 482 de su protocolo.

El Socio Mayoritario y el Socio Minoritario serán denominados conjuntamente como los "**Socios**" o como las "**Partes**", e individualmente, cada uno de ellos como un "**Socio**" o una "**Parte**".

El presente acuerdo se firma, asimismo, en presencia de **HP, S.L.**, una sociedad de nacionalidad española, con domicilio en María de Molina 28, 28006, Madrid, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al tomo 72814, folio 12, hoja M-11603 y provista de N.I.F. B-28853895 (la "**Sociedad**" o "**HP**"). Actúa representada por Javier Fernández Puig, mayor de edad, de nacionalidad española, con domicilio a estos efectos en el de la Sociedad, y provisto de D.N.I. número 60.126.493-J, en su condición de presidente del consejo de administración, según la escritura otorgada ante el Notario de Madrid D. Luis Rueda Esteban, en el día de hoy con anterioridad a este acto.

EXPONEN

- I. Que el 21 de diciembre de 2022, los Socios (como compradores) e IESA (compro vendedor) suscribieron un contrato de compraventa para la transmisión de participaciones representativas del 100% del capital social de la Sociedad (el "**Contrato de Compraventa**").
- II. Que, en consecuencia, al Contrato de Compraventa, las Partes son Socios de la Sociedad conforme al detalle que describe a continuación:

SOCIO	%	PARTICIPACIONES	NUMERACIÓN
ABC CAPITAL EU S.A.R.L	90%	900.000	1 a 900.000
XYZ, S.L.	10%	100.000	900.001 a 1.000.000
Total	100%	1.000.000	1 a 1.000.000

- III. Que las Partes han acordado que el administrador único del Socio Minoritario, David García Martínez, preste servicios como "**Director General**" a la Sociedad y contribuya al desarrollo del negocio de la Sociedad y del grupo de sociedades del que pueda formar parte en cada momento consistente en la realización de actividades de explotación, mantenimiento y desarrollo del negocio de las centrales hidráulicas de las que sea titular (el "**Negocio**").

- IV. Que, de acuerdo con lo anterior, las Partes han decidido regular los términos y condiciones que deben regir su relación como socios de la Sociedad y han acordado celebrar el presente Pacto de Socios (el "Acuerdo") sujeto a las siguientes

CLÁUSULAS

1. DEFINICIONES E INTERPRETACIÓN

- 1.1 Se entenderá como día hábil en este Acuerdo cualquier día excepto sábados, domingos o festivos en la ciudad de Madrid.
- 1.2 Cualquier referencia hecha a una cláusula o apartado se entenderá hecha a las cláusulas y apartados de este Acuerdo.

2. OBJETO

El objeto del presente Acuerdo consiste en regular las relaciones entre los Socios como socios directos de la Sociedad.

3. CARÁCTER VINCULANTE

- 3.1 Las Partes reconocen quedar obligados entre sí por los pactos contenidos en el presente Acuerdo y convienen en cumplirlos lealmente y de buena fe. En particular, los Socios se obligan a ejercitar sus derechos como tal de conformidad con el presente Acuerdo y con el fin de dar cumplimiento a lo estipulado en el mismo.
- 3.2 El presente Acuerdo completará lo dispuesto en los estatutos sociales de la Sociedad, comprometiéndose las Partes a interpretarlos y aplicarlos de conformidad con lo aquí pactado. En caso de discrepancia entre los términos de este Acuerdo y los estatutos sociales, prevalecerá el presente Acuerdo.
- 3.3 En ejecución de lo anterior, las Partes trasladarán a los estatutos sociales aquellos pactos contenidos en el presente Acuerdo que tengan contenido estatutario.
- 3.4 Asimismo, las Partes se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para que las modificaciones estatutarias o acuerdos sociales que, en su caso, pudieran ser calificados como defectuosos sean sustituidos por otros que, siendo admitidos por el Registrador Mercantil, tengan un contenido y efecto análogo a los aquí descritos.

4. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

En el ejercicio de sus funciones, los órganos de gobierno de la Sociedad quedarán regulados por las previsiones que se establecen a continuación. Con carácter general, en todo lo no previsto en el presente Acuerdo, el régimen aplicable a los órganos de gobierno de la Sociedad será el que resulte en cada momento de lo previsto en sus estatutos sociales y en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 10 de Julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la "**Ley de Sociedades de Capital**" o "**LSC**"), o normativa que la sustituya en un futuro.

4.1 Junta General de Socios

Adopción de acuerdos

- 4.1.1 Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente en relación con las Materias Reservadas de la Junta y de las mayorías reforzadas establecidas en la Ley de Sociedades de Capital, la aprobación de los acuerdos sociales por parte de la Junta tendrá lugar por mayoría simple de los votos válidamente emitidos por los Socios presentes o debidamente representados.
- 4.1.2 No obstante lo anterior, las Partes acuerdan que la aprobación de cualesquiera acuerdos en relación con las siguientes materias requerirá del voto favorable de, al menos, el 91%

del capital social con derecho a voto (las "**Materias Reservadas de la Junta**"), que se entenderán en todo caso como competencia exclusiva de la Junta:

- (a) Las modificaciones estructurales.
- (b) La disolución, liquidación o extinción de la Sociedad, excepto cuando hayan de acordarse por imperativo legal.
- (c) La aprobación de las cuentas anuales de la Sociedad y aplicación del resultado.
- (d) Distribución de dividendos, reservas, primas de asunción tesorería u otros activos.
- (e) La autorización para la conclusión de cualquier operación y contratos con cualesquiera Socios o personas vinculadas con estos o la Sociedad.
- (f) La autorización para las operaciones relacionadas con activos esenciales de la Sociedad.

4.1.3 Las Partes acuerdan renunciar a su derecho de separación establecido en el artículo 348 bis LSC y se comprometen a incluir tal renuncia en los estatutos de la Sociedad.

4.2 **Órgano de administración**

4.2.1 La Sociedad será administrada inicialmente por un consejo de administración compuesto por tres (3) consejeros, sin perjuicio de que en un futuro se pueda optar por otro de los modos de organizar la sociedad previstos en los estatutos de la Sociedad.

4.2.2 Mientras la Sociedad esté administrada por un consejo de administración, el Socio Mayoritario tendrá derecho al nombramiento de dos (2) consejeros, y el Socio Minoritario tendrá derecho al nombramiento de un (1) consejero.

4.2.3 El Consejo de Administración elegirá un Presidente y un Vicepresidente entre sus miembros y un Secretario, que podrá ser o no consejero. El Presidente será uno de los consejeros designados por el Socio Mayoritario y el Vicepresidente y el Secretario serán designados el Socio Minoritario

4.2.4 Los cargos de consejeros recaerán inicialmente en: Javier Fernández Puig, Paula Caballero Martín (ambos nombrados por el Socio Mayoritario, que actuarán como presidente y vicepresidenta, respectivamente) y David García Martínez (nombrado por el Socio Minoritario, que actuará como secretario).

4.2.5 El cargo de consejero será gratuito.

5. **OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS**

5.1 **Obligación del Socio Minoritario**

5.1.1 El Socio Minoritario se compromete a que su administrador único en todo momento sea David García Martínez. En caso de producirse cualquier cambio en el órgano de administración del Socio Minoritario, se notificará mediante comunicación escrita al Socio Mayoritario.

5.1.2 El Socio Minoritario se compromete a que su administrador único, en calidad de Director General de la Sociedad lleve a cabo la gestión diaria de la Sociedad, incluyendo todas las acciones oportunas para la consecución del interés social, y los objetivos fijados en el seno del consejo de administración de la Sociedad, adoptando las estrategias pertinentes para ello. Al Director General se le concederán los poderes que acuerde el consejo de administración para que pueda desempeñar sus funciones.

- 5.1.3 El Socio Minoritario y su administrador único como Director General de la Sociedad se comprometen a no realizar ninguna actividad ni trabajo en concurrencia o competencia con la Sociedad, en los términos previstos en la cláusula 9 siguiente.

6. RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES

6.1 Reglas generales

- 6.1.1 La transmisión de participaciones de la Sociedad se regirá por lo establecido en este Acuerdo y, en todo lo no regulado expresamente, en los estatutos sociales de la Sociedad.
- 6.1.2 Las transmisiones efectuadas en incumplimiento de lo dispuesto en este Acuerdo o en los estatutos sociales no surtirán efecto entre los Socios, ni serán válidas frente a la Sociedad, quien podrá rechazar la inscripción de la correspondiente transmisión en el libro registro de socios.

6.2 Prohibición inicial de transmisión

Fuera de los supuestos de transmisiones autorizadas previstos en la Cláusula 6.3 siguiente, los Socios no podrá transmitir, ni total ni parcialmente, sus participaciones en la Sociedad o los derechos de asunción preferente a que las mismas pudieran dar lugar.

6.3 Transmisiones Autorizadas

- 6.3.1 Los Socios podrán, en cualquier momento durante la vigencia del presente Acuerdo transmitir total o parcialmente sus participaciones:
- (a) Cuando sea autorizado previamente y por escrito por los otros Socios.
 - (b) Cuando se trate de transmisiones forzosas en el marco de cualquier procedimiento previsto en el artículo 109 LSC.
- 6.3.2 En todo caso, el adquirente en virtud de cualquier Transmisión Autorizada deberá adherirse a este Acuerdo y subrogarse totalmente en los derechos y obligaciones asumidas por el transmitente en virtud del mismo.

7. RESTRICCIONES A LA TRANSMISIÓN

Los Socios podrán transmitir sus participaciones con sujeción a las siguientes restricciones.

7.1 Derecho de arrastre (*drag along*)

El Socio Mayoritario dispondrá de un derecho de venta forzosa o arrastre en virtud del cual, en el marco de la venta de la totalidad de sus participaciones en la Sociedad, podrá obligar al Socio Minoritario a transmitir por el mismo título la totalidad de sus participaciones en la Sociedad.

7.2 Derecho de venta conjunta (*tag along*)

Sin perjuicio del derecho de arrastre previsto en la Cláusula anterior, el Socio Minoritario dispondrá de un derecho de venta conjunta en virtud del cual, en el caso de que el Socio Mayoritario decida enajenar, por cualquier título, la totalidad o una parte de sus participaciones en la Sociedad a cualquier tercero, el Socio Minoritario tendrá derecho a transmitir por el mismo título la totalidad o la misma proporción de sus participaciones en la Sociedad a dicho tercero.

7.3 Procedimiento de ejercicio del derecho de arrastre y de venta conjunta

- 7.3.1 Para el ejercicio de los derechos de arrastre y venta conjunta, el Socio Mayoritario enviará una comunicación por escrito al Socio Minoritario, con al menos diez (10) días hábiles de antelación a la fecha prevista para la transmisión (la "**Comunicación de Transmisión**"),

en la que indicará la valoración de la Sociedad, el precio, forma de pago, y demás condiciones de la transmisión.

- 7.3.2 Si en la Comunicación de Transmisión el Socio Mayoritario notifica el ejercicio del derecho de arrastre, deberá notificar al Socio Minoritario el precio correspondiente a sus participaciones en la Sociedad, así como la fecha y el lugar en la que el Socio Minoritario deberá comparecer para formalizar la compraventa de sus participaciones y el notario público español ante el que se elevará a público el correspondiente contrato.
- 7.3.3 Si en la Comunicación de Transmisión el Socio Mayoritario no hubiese notificado el ejercicio del derecho de arrastre, el Socio Minoritario podrá ejercitar su derecho de venta conjunta enviando al Socio Mayoritario una comunicación de respuesta, dentro de los cinco (5) días hábiles naturales siguientes a la recepción de la Comunicación de Transmisión, indicando su deseo de ejercitar el derecho de venta conjunta, lo cual se considerará un compromiso de venta irrevocable sobre la totalidad o porcentaje de las participaciones del Socio Minoritario.
- 7.3.4 En caso de ejercicio del derecho de arrastre o de venta conjunta, los Socios se comprometen a colaborar en las actuaciones razonablemente necesarias durante todo el proceso de transmisión al tercero, para la más completa y eficaz ejecución de la referida transmisión.

8. PERIODO DE BLOQUEO

- 8.1 En previsión de una posible situación de bloqueo de los órganos sociales, los Socios se comprometen en todo momento a negociar de buena fe y adicionalmente suscriben los siguientes procedimientos, con el fin de respetar y garantizar el desarrollo de la actividad de la Sociedad.
- 8.2 Cualquiera de los Socios podrá, ante situaciones de bloqueo, dentro de los 7 días naturales desde la aparición de la misma, enviar una notificación al resto de Socios y al Órgano de Administración, recogiendo la problemática. Una vez recibida, el Órgano de Administración convocará dentro de los 7 días hábiles siguientes, una reunión donde los Socios negociarán un acuerdo para solventarlo, y en su caso, alcanzar un pacto en los 10 días hábiles siguientes. Durante este periodo, conocido de enfriamiento (*cooling-off period*), las Partes se comprometen a no emprender acciones que se aparten de lo previsto en la presente cláusula.
- 8.3 Transcurrido el plazo sin haber alcanzado un acuerdo, se podrá en marcha el mecanismo de desbloqueo, que consistirá en requerir la asistencia de un experto independiente ajeno a la Sociedad, con suficiente conocimiento sobre la materia, nombrado por la Junta General. El experto estudiará la situación y dará una solución, la cual será de obligado cumplimiento por todos los Socios.

9. NO COMPETENCIA

- 9.1 En atención a la importancia que para los Socios tiene la no realización por los otros Socios o por cualquier persona vinculada o controlada por los mismos en virtud del artículo 42 del Código de Comercio (los "**Sujetos Afectados**") de actividades que entren en competencia con la actividad desarrollada por la Sociedad, en la actualidad o en el futuro (las "**Actividades Relevantes**"), los Socios se comprometen a que, a partir de la firma del presente Acuerdo, ni estos ni ninguno de sus Sujetos Afectados (i) presten servicios; (ii) adquieran participaciones; (iii) proporcionen información a competidores en relación con las Actividades Relevantes desarrolladas por la Sociedad, entre otras.
- 9.2 La obligación de no competencia prevista en esta Cláusula se mantendrá vigente en tanto los Socios sigan siendo directa o indirectamente socios de la Sociedad y durante dos (2) años desde la transmisión de su respectiva participación en el capital social de la Sociedad.
- 9.3 En el caso de incumplimiento por algún Sujeto Afectado, el Socio cumplidor podrá exigir una indemnización, en concepto de cláusula penal, por importe de 500.000 euros.

10. VIGENCIA

El presente Acuerdo entrará en vigor el día de la fecha de su firma y permanecerá vigente en tanto que los Socios sean titulares de participaciones de la Sociedad, o lo sean sus adquirentes por haberlas transmitido válidamente el correspondiente Socio, sin perjuicio de la pervivencia de las Cláusulas con vigencias específicas post-contractuales.

11. CONFIDENCIALIDAD

11.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará "**Información Confidencial**" el contenido del mismo, así como las informaciones y documentos intercambiados entre los Socios con motivo del mismo, que afectan a los negocios de los Socios y cuya revelación o divulgación a terceros pudiera ocasionar un perjuicio.

11.2 En virtud de esta cláusula, los Socios se comprometen a mantener reserva y estricta confidencialidad acerca de la Información Confidencial, aunque podrán revelarla en cumplimiento de alguna norma jurídica, o resolución judicial o administrativa; o para llevar a buen término la ejecución del presente Acuerdo.

11.3 Las obligaciones de confidencialidad en virtud de esta cláusula permanecerán en vigor durante la vigencia del presente Acuerdo y los dos (2) años siguientes a su terminación por cualquier motivo.

12. INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

12.1 Cualquier incumplimiento del presente Acuerdo por cualquier Parte dará derecho a las restantes Partes a exigir su cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios.

12.2 Sin perjuicio de lo anterior, el incumplimiento de las Cláusulas 6, 7, 9 y 11 constituirá causa de exclusión de la Sociedad para el Socio de infractor.

12.3 En tal sentido, producida la causa de exclusión y verificada ésta por la mayoría de dos tercios del total del capital social de la Sociedad, excluyéndose en todo caso en dicho cómputo, el porcentaje que ostentase el Socio incumplidor, se procederá a comunicarlo a al Órgano de Administración quién, convocará Junta General para someter a votación la exclusión del Socio incumplidor. Adoptado el acuerdo, la Sociedad tendrá derecho a la adquisición de sus participaciones sociales en los términos previstos en el artículo 140 LSC.

13. NOTIFICACIONES

13.1 Todas las comunicaciones entre las Partes relativas al Acuerdo tendrán forma escrita o electrónica y se emitirán a la atención y direcciones de los representantes previstas al principio de este Acuerdo. Se considerará como fecha de entrega de la notificación la que conste en el acuse de recibo de la misma. Cualquier comunicación realizada fuera del horario de oficina del lugar al que se envía, se entenderá notificada el primer día hábil siguiente.

14. NULIDAD PARCIAL

Si cualquiera de las estipulaciones de este Acuerdo es o se convirtiera en nula, la validez y eficacia de las restantes estipulaciones en ningún caso se verán afectadas o perjudicadas. En tal caso, las Partes negociarán de buena fe los nuevos términos de la estipulación nula, ilegal o ineficaz de tal forma que sus efectos sean lo más parecidos posibles a las estipulaciones nulas, ilegales o ineficaces.

15. ACUERDO ÚNICO. PREVALENCIA

El presente Acuerdo contiene el acuerdo íntegro entre las Partes respecto a la materia objeto del mismo y sustituye a todos los restantes contratos o pactos concluidos entre las Partes antes de la fecha de hoy en relación con el mismo, y aceptando la prevalencia del Acuerdo.

16. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN

16.1 Ley aplicable

Este Acuerdo se regirá por el Derecho común español.

16.2 Jurisdicción

Las Partes, renunciando de forma expresa a sus derechos a someterse a cualquier otra jurisdicción, se someten a los juzgados y tribunales de la jurisdicción de la ciudad de Madrid para la resolución de cualquier disputa, reclamación o controversia que surja de o en relación con este Acuerdo, incluyendo cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, resolución, nulidad o eficacia.

[Resto de la página intencionalmente en blanco; sigue hoja de firmas]

El Socio Mayoritario

ABC CAPITAL EU S.A.R.L
Verónica Álvarez Izquierdo

El Socio Minoritario

XYZ, S.L.
David García Martínez

La Sociedad

HIDRO POWER, S.L.
Javier Fernández Puig