



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Antonio Doblas Moreno

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Promoción 2021/2023

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

TUTOR

Javier Alberite Carreño

ÍNDICE

Antecedentes de Hecho.....	4
Cuestiones Planteadas.....	5
Normativa Aplicable.....	7
Fundamentos Jurídicos.....	8
Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	43

INFORME LEGAL

De: Antonio Doblas Moreno

Para: ABC Capital, Hidro Power S.L., y XYZ S.L.

Asunto: Análisis de las cuestiones jurídicas planteadas con ocasión de la adquisición de la sociedad Hidro Power S.L por parte de ABC Capital y X.Y.Z S.L.

Fecha: 26 de diciembre de 2022

Estimado Sr/Sra:

El objeto del presente informe es analizar las cuestiones planteadas como consecuencia de la operación de adquisición anteriormente citada. En ese sentido, se dará una respuesta individualizada a cada una de las cuestiones planteadas.

El informe se distribuirá en 5 apartados generales: antecedentes de hecho, cuestiones planteadas, normativa aplicable, fundamentos jurídicos y, por último, conclusiones.

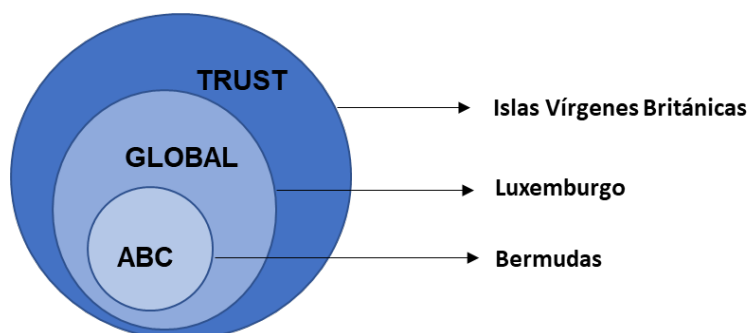
Sin otro particular, quedo o a su disposición para cualquier tipo de aclaración o cuestión necesaria.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Núm.	Número
Sta.	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
AP	Audiencia Provincial
OPA	Oferta Pública de Adquisición
DGRN	Dirección General del Registro y del Notariado – Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (<i>actualmente</i>)
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
RDIE	Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
FJ	Fundamento Jurídico
JG	Junta General

ANTECEDENTES DE HECHO

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



ABC, ha llegado a un acuerdo con la sociedad española XYZ, S.L. (*en adelante, "XYZ"*) y conjuntamente con ABC, (*en adelante, los "Socios"*) para adquirir, conjuntamente, el 100% del capital social de la sociedad de responsabilidad limitada domiciliada en Málaga, Hidro Power S.L. (*en adelante, "HP"*), entidad de capital privado titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España. El capital social de HP asciende de 1.000.000€ dividido en 1.000.000 de participaciones sociales, todas ellas titularidad de Inversiones Españolas, S.A. (*en adelante, "IESA"*). Por otro lado, HP está gestionada por un administrador único y no tiene trabajadores.

Los principales contratos suscritos por HP son una financiación bancaria con Banco Español, S.A. (*en adelante "BE"*) por importe de 400 millones de euros (*en adelante, "Deuda Bancos"*) y un contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos, S.L. (*en adelante, "OP"*), que presta servicios a HP en exclusiva.

El clausulado de los contratos suscritos por HP es estándar e incluye cláusulas típicas en estos acuerdos, entre otras, cláusulas de cambio de control, así como diversas garantías prestadas por los socios, entre otras.

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

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

Porcentaje Inversión en HP	
ABC	90%
XYZ	10%
TOTAL	100%

Deuda Socios	
ABC	900.000 €
XYZ	100.000 €
TOTAL	1.000.000 €

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

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

En relación con los antecedentes expuestos, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

CUESTIONES PLANTEADAS

1. Sobre la posibilidad de ABC de adquirir participaciones en una sociedad domiciliada en territorio español.
 - 1.1. Determinación de las formalidades a cumplir por ABC, XYZ y HP en relación con la normativa vigente de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
 - 1.2. Análisis de las consecuencias derivadas de la normativa sobre la Covid-19.
2. Requisitos para que el poder especial de representación otorgado por ABC y XYZ en sus respectivos domicilios sea admitido por el notario español autorizante de la operación.
 - 2.1. Requisitos para el poder otorgado en territorio nacional español.
 - 2.2. Requisitos necesarios para el poder otorgado en país extranjero.
 - 2.2.1. Poder otorgado en el extranjero si existe Convenio Internacional aplicable.
 - 2.2.2. Requisitos necesarios para el poder otorgado en un país extranjero si no existe Convenio Internacional aplicable.
3. Formalidades adicionales a tener en cuenta en el procedimiento de adquisición.
 - 3.1. Elaboración y firma del "NDA" por ambas partes.
 - 3.2. La elaboración de la *Due Diligence*.
 - 3.3. Autorización necesaria de la CNMC.
 - 3.4. Análisis de licencias administrativas. Cambio de titularidad.
 - 3.4.1. Licencia de actividad y licencias ambientales.

4. Valoración de la posibilidad de suscribir un pacto de socios entre ABC y XYZ.
 - 4.1. Introducción a los pactos parasociales. Definición.
 - 4.2. Posibles cláusulas a incluir teniendo en cuenta la distribución del capital.
 - 4.3. Consecuencias de un eventual traslado de los acuerdos a los estatutos sociales. El *enforcement* o eficacia de los pactos parasociales.
5. Estructuración del derecho a nombrar administradores con el objetivo de que pueda inscribirse en el Registro Mercantil.
6. Examen de la cobertura ofrecida por las “manifestaciones y garantías” en relación con la contingencia fiscal por IVA.
 - 6.1. Introducción a las manifestaciones y garantías.
 - 6.2. Relación con la contingencia por IVA identificada en fase de auditoría.
 - 6.3. Análisis de posibles alternativas en aras a una efectiva protección de los intereses de los socios, bajo la premisa de que IESA no dispone de más activos en balance aparte de HP.
 - 6.3.1. Seguro de cobertura de “Manifestaciones y Garantías”.
 - 6.3.2. Seguro de caución.
 - 6.3.3. Aval bancario a primer requerimiento.
 - 6.3.4. Las denominadas *Indemnities*.
 - 6.3.5. Garantías personales por los socios de IESA.
7. Análisis de la posibilidad de adquirir HP con sus 500 millones disponibles en caja. Viabilidad de que HP pague por cuenta de ABC y XYZ o bien, les facilite un préstamo.
 - 7.1. La prohibición de la denominada asistencia financiera.
 - 7.2. La fusión apalancada como alternativa principal.
8. Sobre el traslado de domicilio social de HP a Madrid. Órganos legitimados para la adopción de dicho acuerdo y requisitos necesarios para su plena eficacia.
 - 8.1. Revocación de los poderes generales vigentes y otorgamiento de unos nuevos.
9. Análisis de la operación de refinanciación pretendida por los Socios. Repago anticipado de la deuda y posibles inconvenientes.
10. Tras la venta, está previsto que HP resuelva el contrato de Operación y Mantenimiento que mantiene suscrito, sustituyéndolo por uno nuevo con otra sociedad del grupo ABC.
 - 10.1. Análisis de la viabilidad de dicha acción e identificación de posibles riesgos.
 - 10.2. Tratamiento de la operación como “operación vinculada”.
 - 10.3. Aplicación de la normativa sobre precios de transferencia.

NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se puede acudir a la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina administrativa que resulta de aplicación a las mismas:

- Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 1024/2012
- Convenio de La Haya N.º XII, de 5 de octubre de 1961, de Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjeros
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
- Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19
- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica
- 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
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil

- Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales,
- 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
- Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1386/2022 de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386)
- Sentencia del Tribunal Supremo N.º 103/2016, de 25 de febrero de 2016 (Rec. 2363/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo N.º 941/2009, de 6 de marzo, (ECLI:ES:TS:2009:941)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2008, (SAN 25-9-2008)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 1160/2007 de 9 de enero en el caso de la OPA de Endesa con adquisición de Gas Natural
- Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016
- Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2018
- Resolución de la DGRN de 24 de marzo de 2010

A las cuestiones jurídicas planteadas, les son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Sobre la posibilidad de ABC de adquirir participaciones en una sociedad domiciliada en territorio español.

En lo que respecta a la posibilidad de que ABC pueda adquirir participaciones en una sociedad española la respuesta es afirmativa. Asimismo, el hecho de que la sociedad esté domiciliada en el extranjero lleva aparejadas una serie de obligaciones que se analizarán posteriormente.

En primer lugar, se deberán cumplir las disposiciones generales relativas a la adquisición de participaciones sociales contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (*en adelante, LSC*). De manera sucinta, se expondrán a continuación las obligaciones derivadas de esta normativa.

Tal y como expone el art. 106 LSC en su apartado 1:

“la transmisión de las participaciones sociales, (...), deberá constar en documento público”.

Asimismo, y a falta de previsión estatutaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales se debe regir por las reglas contenidas en el art. 107 LSC:

“a) El socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión.

b) *La transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida por la ley.*

c) *La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones (...).*

d) *El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente.*

e) *El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.*

f) *El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes”.*

Por otro lado, tiene relevancia el hecho de que la sociedad que pretende adquirir las participaciones está domiciliada en el extranjero. Por ello, resulta de aplicación el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, (*en adelante, RDIE*).

El art. 2, relativo a los sujetos de la inversión extranjera, en su apartado 1 establece que:

“pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España: b) Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero (...).

Asimismo, en su apartado 2 dispone que:

“las personas físicas de nacionalidad española y las personas jurídicas domiciliadas en España se presumirán residentes en España salvo prueba en contrario”.

Continuando con el análisis de esta normativa y la consideración de esta operación como inversión extranjera, el art. 3 establece el objeto de las mismas:

“las inversiones extranjeras en España, (...) podrán llevarse a efecto a través de cualquiera de las siguientes operaciones: a) participación en sociedades españolas. Se entienden comprendidas bajo esta modalidad tanto la constitución de la sociedad, como la suscripción y adquisición total o parcial de sus acciones o asunción de participaciones sociales”.

En lo que respecta a las obligaciones derivadas de la normativa anteriormente citada, el art. 4.1 instituye que:

“las inversiones extranjeras en España, y su liquidación, serán declaradas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda, con una finalidad administrativa, estadística o económica”.

Además, al ser el comprador de las participaciones sociales una sociedad establecida en un territorio considerado paraíso fiscal¹ a los efectos del 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

¹ Han dejado de ser paraísos fiscales para España los siguientes países y en la fecha de entrada en vigor del pertinente Convenio (según el Manual práctico de la Agencia Tributaria): *Gran Ducado de Luxemburgo (XG) a partir de 16 de julio de 2010 por los efectos del Protocolo que modifica el Convenio para evitar la doble imposición de 3 de junio de 1986.*

Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, el apartado 2 del citado art. 4 dispone que:

“(…) a) si la declaración tiene por objeto una inversión que proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los territorios o países previstos en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, el titular de la misma deberá efectuarla con carácter previo a la realización de la inversión. Esta declaración se entenderá sin perjuicio de la que hay que efectuar con posterioridad a la realización de la inversión, conforme a la letra siguiente.

b) La declaración posterior a la realización de la inversión se ajustará a las reglas siguientes:

1.º) Con carácter general, la inversión será declarada por el titular no residente. Adicionalmente, cuando la operación haya sido intervenida por fedatario público español, ya sea como consecuencia de su régimen jurídico o por acuerdo convencional de las partes, aquél remitirá al Registro de Inversiones información sobre dichas operaciones en el plazo y con el contenido que se establezca en las normas de desarrollo del presente Real Decreto”.

Cabe mencionar, que la ley exige del requisito de la declaración previa cuando la participación extranjera no supere el 50 por 100 del capital de la sociedad española destinataria de la inversión (art. 4.2.2 RDIE).

Teniéndose en cuenta que se pretende adquirir el 100 por 100, va a ser necesario llevar a cabo dicha declaración.

En adición, el art. 4.4 implementa otra regla:

“las sociedades españolas que tengan participación extranjera y las sucursales en España de personas no residentes podrán ser requeridas, con carácter general o particular, a presentar en la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores una memoria anual relativa al desarrollo de la inversión en el plazo y con el contenido que se establezca en las normas de desarrollo del presente Real Decreto”.

Asimismo, como establece el art. 8.2 del RDIE:

“(…) los titulares de inversión, las empresas españolas participadas por no residentes, (...) que hayan intervenido operaciones de inversión podrán ser requeridas por la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores para aportar la información que en cada caso resulte necesaria”.

Esta misma normativa, en su disposición adicional segunda establece que el incumplimiento de estas obligaciones:

“será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en la Ley 40/1979, de Régimen Jurídico de Control de Cambios”.

Por otro lado, cabe analizar el contenido 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, por la que se establecen

“los procedimientos aplicables para las declaraciones previas y posteriores de inversiones exteriores y su liquidación. Igualmente, se establecen los procedimientos para la presentación de las Memorias anuales relativas al desarrollo de inversiones y de los expedientes de autorización que, en su caso, se deriven de la suspensión del régimen de liberalización establecido en el artículo 10 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre Inversiones Exteriores”.

En cuanto a la presentación de esta documentación, el art. 8 establece que:

“todas las declaraciones dirigidas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía, solicitudes de autorización y prórroga y Memorias anuales a que se refiere la presente Orden podrán presentarse ante el Registro General del Ministerio de Economía (paseo de la Castellana, 162, 28071 Madrid) o ante cualquiera de los lugares de presentación a que se refiere el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

El art. 12 de la presente Orden determina:

“los modelos impresos a utilizar para efectuar la declaración previa de proyectos de inversiones extranjeras procedentes de paraísos fiscales, así como para efectuar la declaración posterior de inversiones extranjeras en España (...)”.

En este caso, al tratarse de una inversión extranjera procedente de paraísos fiscales se deberá presentar la:

“DP-1: «Declaración previa de inversión extranjera procedente de paraísos fiscales en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión» y la “D-1A: «Declaración de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión»”.

Por último, en lo que respecta al procedimiento para la presentación de la declaración previa de inversiones extranjeras procedentes de paraísos fiscales, el art. 12 establece los trámites a seguir:

“1. En las declaraciones previas a la realización de inversiones extranjeras a que se refiere el artículo anterior, no se exigirá la aportación de ningún documento adjunto a los modelos impresos de declaración correspondientes. Los titulares de proyectos de inversiones extranjeras no requerirán, en el momento de efectuar la declaración previa, acreditar haber cumplido los requisitos a que se refiere el artículo 1.2 del Real Decreto 664/1999, sin perjuicio de la acreditación de su cumplimiento con anterioridad al momento de presentar la declaración posterior de inversiones extranjeras que corresponda.

2. Las declaraciones previas de proyectos de inversiones extranjeras deberán efectuarse por el titular de la inversión proyectada en los modelos impresos DP-1 o DP-2. Los citados modelos impresos de declaración previa constarán de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión proyectada.

El titular retendrá el ejemplar 2 debidamente sellado, en el que constará el lugar de presentación, así como la fecha, y servirá al interesado de prueba de que la declaración previa ha sido presentada.

3. La declaración previa de inversiones extranjeras tendrá una validez de seis meses, contados desde su presentación. Si no se materializa en ese plazo la inversión, deberá presentarse una nueva declaración previa”.

En síntesis, será posible que ABC adquiera participaciones de una sociedad domiciliada en territorio español siempre que se lleve a cabo cumpliendo las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital relativas a la transmisión de participaciones sociales además, al tener esta operación la consideración de inversión extranjera va a resultar aplicable la normativa de inversiones exteriores anteriormente analizada, de la que resulta la obligación de comunicar al Ministerio de Economía la inversión. Asimismo, tiene relevancia el hecho de que ABC está domiciliada en un territorio considerado paraíso fiscal, y como pretende adquirir el 100% de la sociedad, surge la obligación de llevar a cabo una declaración previa, cuyo procedimiento se ha desarrollado en los apartados anteriores.

Por último, y en referencia a las sociedades extranjeras, es requisito indispensable la obtención de un CIF español, que se obtendrá en la Agencia Tributaria. Cualquier escritura de cualquier sociedad extranjera deberá ser traducida al español (traducción jurada) y con la Apostilla de la Haya.

1.1. Determinación de las formalidades a cumplir por ABC, XYZ y HP en relación con la normativa vigente de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

En lo que respecta a la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, se procede en primer lugar al análisis de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Tal y como expone su art. 2, esta normativa se aplicará a los siguientes sujetos obligados:

“c) Las empresas de servicios de inversión. d) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora. f) Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora”.

La primera de las obligaciones derivadas de esta normativa es la relativa a la identificación formal (art. 3.1):

“los sujetos obligados identificarán a cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones”.

El art. 4, relativo a la identificación del titular real dispone que:

“los sujetos obligados identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones”.

En su apartado 3 dispone que:

“los sujetos obligados recabarán información de los clientes para determinar si éstos actúan por cuenta propia o de terceros. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquéllos”.

Asimismo:

“los sujetos obligados adoptarán medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad y de control de las personas jurídicas, estructuras jurídicas sin personalidad, fideicomisos y cualquier otra estructura análoga. Los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con personas jurídicas, o estructuras jurídicas sin personalidad, cuya estructura de propiedad y de control no haya podido determinarse”. (Art. 4.4).

En lo que respecta a los medios de pago, el art. 34 determina la obligación de declarar ciertos movimientos:

“1. Deberán presentar declaración previa en los términos establecidos en el presente Capítulo las personas físicas que, actuando por cuenta propia o de tercero, realicen los siguientes movimientos:

a) Salida o entrada en territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

b) *Movimientos por territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a 100.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.*

A estos efectos se entenderá por movimiento cualquier cambio de lugar o posición que se verifique en el exterior del domicilio del portador de los medios de pago”.

En cuanto a la información obtenida con motivo de la obligación de declaración:

“deberá remitirse al Servicio Ejecutivo de la Comisión mediante la utilización de medios electrónicos, informáticos o telemáticos con uso del soporte informático normalizado que determine el Servicio Ejecutivo de la Comisión. La información relativa a las incautaciones se centralizará en la Secretaría de la Comisión”. (Art. 36).

Las infracciones y sanciones derivadas del incumplimiento de estas reglas (así como el plazo de prescripción) se contienen en los artículos 50 y ss.

En segundo lugar, se debe prestar atención a la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

Su art. 1 establece la libertad de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior mientras que en su art. 2 se determina qué se entiende por «residente» y por «no residente», definiendo estos últimos como:

“las personas jurídicas con domicilio social en el extranjero”.

El art. 3.1, relativo a la obligación de información establece que:

“los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 1² deberán ser declarados por los sujetos obligados mencionados en el apartado siguiente en la forma y plazos que se determinen reglamentariamente, a los efectos de información administrativa y estadística de las operaciones.

El apartado 2 establece que:

“las personas físicas o jurídicas residentes o no residentes en España que realicen las operaciones señaladas en el apartado 2 del artículo 1 quedan obligadas a facilitar al Ministerio de Economía y al Banco de España, en la forma y plazos que se establezcan, los datos que se les requieran, a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior.”

En tercer lugar, merece atención en este ámbito la Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, cuyo ámbito de aplicación es el siguiente:

“la presente Orden será de aplicación a las personas físicas o jurídicas de naturaleza privada que, actuando por cuenta propia o de tercero, realicen los siguientes movimientos de medios de pago:

a) *Salida o entrada en territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador denominados en moneda nacional o en cualquier otra moneda o cualquier medio físico, incluidos los electrónicos, concebido para ser utilizado como medio de pago, por importe igual o superior a 10.000 euros por persona y viaje.*

b) *Movimientos por territorio nacional de medios de pago consistentes en moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador denominados en moneda nacional*

² Cualesquiera actos, negocios, transacciones y operaciones entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento puedan derivarse cobros y pagos exteriores, así como las transferencias de o al exterior y las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior, sin más limitaciones que las dispuestas en esta ley y en la legislación sectorial específica.

o en cualquier otra moneda o cualquier medio físico, incluidos los electrónicos, concebido para ser utilizado como medio de pago, por importe igual o superior a 100.000 euros. A efectos de la presente Orden, se entenderá por «movimiento» cualquier cambio de lugar o posición que se verifique en el exterior del domicilio del tenedor de los medios de pago. La presente Orden no será de aplicación a los cheques nominativos. La referencia a medios de pago electrónicos no comprende las tarjetas nominativas de crédito o débito”. Se establece asimismo en su artículo tercero el lugar y la forma de presentación de esta declaración en caso de salida o entrada en territorio nacional”.

Adquiere vital importancia en el presente caso el hecho de que la inversión extranjera va a efectuarse en una sociedad dedicada a las infraestructuras de aguas, considerada <<infraestructura crítica>>, resultando por tanto de aplicación la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas. Su art. 3.1 dispone que:

“la presente Ley se aplicará a las infraestructuras críticas ubicadas en el territorio nacional vinculadas a los sectores estratégicos definidos en el anexo de esta Ley”.

En el anexo mencionado se recoge el sector de “Agua” y el de “Energía” como sectores estratégicos.

A modo de conclusión, cabe determinar que del análisis de la normativa relativa al blanqueo de capitales y a la lucha contra la financiación de terrorismo se desprenden una serie de obligaciones, que se pueden resumir de la siguiente manera:

- Obligaciones de identificación de los sujetos intervinientes en la operación
- Obligación de adoptar medidas para determinar la estructura de la propiedad y de control de las personas jurídicas intervinientes.
- En relación con los medios de pago, existe la obligación de declarar previamente la transacción si esta supera los 10.000 euros. (Referidos a entrada y salida del territorio nacional). Esta declaración se deberá remitir al Servicio Ejecutivo de la Comisión.
- Por último, adquiere importancia el hecho de que la inversión se va a realizar en una sociedad considerada “infraestructura crítica”. De tal consideración se desprenden una serie de consecuencias que se analizarán en el presente apartado.

1.2. Análisis de las consecuencias derivadas de la normativa sobre la Covid-19. Suspensión del régimen de liberalización de inversiones extranjeras.

En segundo lugar, se debe atender a la normativa vigente con relación al COVID-19.

El Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su Disposición Final Cuarta, modifica la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, añadiendo un art. 7 bis en los siguientes términos:

“2. Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública:

a) Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso

de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales, las contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas”.

En lo que respecta a esta suspensión del régimen de liberalización, cabe destacar que el pasado 23 de noviembre de 2021, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto Ley 27/2021, por el que se prorrogaron determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, entre ellas el “*régimen de suspensión de liberalización de determinadas inversiones extranjeras en España*”, que se prorroga, y por tanto es de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2022.

En lo que respecta al procedimiento de autorización, la Orden 28 mayo 2001 anteriormente mencionada establece en su art. 11 el procedimiento de autorización en los supuestos de suspensión del régimen de liberalización.

Del análisis del presente apartado, se puede deducir, por tanto, que, debido a la prórroga de la suspensión del régimen de liberalización de inversiones extranjeras por la normativa sobre Covid-19, se deberá obtener una autorización previa. El procedimiento se establece en el art. 11 de la Orden anteriormente citada (*y desarrollado en el apartado 1.1. del presente informe*). Asimismo, es relevante tener en cuenta que el incumplimiento de esta obligación lleva aparejada sanción.

2. Requisitos para que el poder especial de representación otorgado por ABC y XYZ en sus respectivos domicilios sea admitido por el notario español autorizante de la operación.

En lo relativo a los poderes, se van a exponer en primer lugar los trámites necesarios para su otorgamiento en España. En segundo lugar, se hará una distinción entre los requisitos necesarios para la legalización y consecuente validez del poder otorgado en Luxemburgo, y para concluir, un análisis de las formalidades necesarias para cuando han sido otorgados en el extranjero.

2.1. Requisitos para el poder otorgado en territorio nacional español.

Para el supuesto de que se pretenda otorgar en España, el poderdante deberá identificarse³ ante notario, aportando al acto de la firma el documento original en el que se estipule el contenido del poder. Asimismo, se deberá identificar quién o quiénes resultan autorizados para actuar. Cabe destacar que si se pretende emplear el poder para un acto del que se deriven consecuencias fiscales, todas las partes necesitarán un número de identificación fiscal español, y si son extranjeras un NIE.

En caso de que el poder se confiera a varias personas, es esencial determinar con precisión el modo en el que se les autoriza a actuar, determinando si van a hacerlo de forma mancomunada (actuando al unísono) o si, por el contrario, lo harán de forma solidaria (actuando individualmente). Cabe destacar que es posible combinar este tipo de fórmulas. Es necesario también, determinar los actos concretos para los que se confiere el poder.

2.2. Requisitos necesarios para el poder otorgado en país extranjero.

³ En cuanto a la identificación, si se trata de una persona física, deberá hacer constar su DNI ante notario (si es español) o su pasaporte o carta de identidad (si no es español). En el caso de las sociedades, se deberá identificar a la empresa con su CIF, y la persona que actúa en nombre de la misma debe acreditar su cargo y que puede actuar en nombre de la mercantil. Es muy importante que se identifique correctamente al apoderado, aunque no será necesario que acuda al notario a firmar en el momento de otorgamiento del poder.

2.2.1. Poder otorgado en el extranjero si existe Convenio Internacional aplicable.

En primer lugar, y aunque no es de aplicación al presente caso, el instrumento más relevante es el Reglamento UE 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la UE y por el que se modifica el Reglamento UE N.º 1024/2012, que exime de legalización o apostilla los documentos públicos incluidos en su ámbito de aplicación.

En este caso, al ser Luxemburgo y España, Estados Miembros del Convenio de La Haya N.º XII, de 5 de octubre de 1961, de Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjeros, para el supuesto del poder otorgado por una autoridad luxemburguesa, únicamente será necesaria una apostilla, conocida como "Apostilla de la Haya"⁴.

Esta Convención establece que entre Estados Miembros no será necesaria la legalización para el reconocimiento mutuo de documentos más allá de este sello.

En cuanto a los trámites necesarios para obtener este sello, en primer lugar, se deberá acudir al Ministerio de Asuntos Exteriores de Luxemburgo para que apostillen el documento. En segundo lugar, se presentará el documento en España para que se lleve a cabo un trámite similar.

Asimismo, y en relación con otros posibles documentos necesarios para esta operación, el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 1024/2012.

Este Reglamento se aplica a ciertos documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado Miembro (de conformidad con su Derecho nacional), que se pretendan presentar a las autoridades de otro Estado Miembro. En virtud de esta normativa, los documentos públicos contenidos en su art. 3⁵ quedarán exentos de toda forma de legalización y trámite similar como la apostilla anteriormente mencionada.

En este ámbito, y teniendo en cuenta el volumen de convenios internacionales en materia de Reconocimiento y Ejecución de documentos públicos y resoluciones, normalmente será de aplicación un convenio internacional, sin que sea necesario cumplimentar trámites complejos.

⁴ Se trata de un trámite simplificado que sirve para que documentos legales emitidos en país sean reconocidos de manera automática por las autoridades de otro Estado distinto del que los otorgó, siempre y cuando ambas naciones figuren entre las firmantes de este acuerdo de cooperación internacional.

⁵ (...) - los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, incluyendo los provenientes del Ministerio Fiscal o de un secretario, oficial o agente judicial («huissier de justice»); - los documentos administrativos; - las actas notariales; - las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas; - los documentos expedidos por los agentes diplomáticos o consulares de un Estado miembro que ejerzan sus funciones en el territorio de cualquier Estado con carácter oficial, cuando dichos documentos deban presentarse en el territorio de otro Estado miembro o a los agentes diplomáticos o consulares de otro Estado miembro que ejerzan sus funciones en el territorio de un Estado tercero;

En el presente caso, al ser Luxemburgo parte contratante del Convenio de la Haya, únicamente será necesario llevar a cabo el trámite de apostilla desarrollado anteriormente.

2.2.2. Requisitos necesarios para el poder otorgado en un país extranjero si no existe Convenio Internacional aplicable.

No obstante, se exponen a continuación los requisitos necesarios para la legalización de un poder otorgado en un país extranjero que no sea parte de un convenio internacional.

En estos casos, se exige un análisis de lo que se denomina “equivalencia del poder”⁶.

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en su art. 56, relativo a la ejecución de documentos públicos extranjeros establece que:

“los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público. 2. A efectos de su ejecutabilidad en España deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas”.

El art. 60, relativo a la inscripción de documentos públicos extranjeros dispone que:

“los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”.

Por otro lado, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria en su Disposición adicional tercera (apartado 1), relativa a la Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros establece los requisitos para ello:

“un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:

a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.

c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”.

Asimismo, establece en su apartado 2 que:

“el régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones

⁶ Esto significa que el Poder debe cumplir los requisitos de identificación, capacidad y legitimación del poderdante y que no sea sólo una simple legitimación de firmas.

pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales”.

En lo relativo a esta cuestión, la Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 [j 5] exige que: “la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial”.

Analiza el problema la Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2018, [j 6] que reitera que:

“el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga”.

En síntesis, se conseguirá la equivalencia si:

- (i) el poder ha sido otorgado por fedatario público;
- (ii) el fedatario garantiza la identidad del poderdante;
- (iii) el fedatario garantiza la capacidad del poderdante para otorgar el acto;
- (iv) el fedatario interviene en la confección del documento público desarrollando funciones equivalentes a las que ejercería el notario español para el mismo caso; y
- (v) el documento está legalizado, traducido -en su caso- y debidamente apostillado.

El otorgamiento del poder por parte de una sociedad o persona física extranjera ante notario español supone que éste, bajo su responsabilidad, ha tenido que verificar, con arreglo a la legislación aplicable, la existencia y capacidad de la sociedad extranjera y la regularidad de la actuación de la persona que intervenga por parte de ella.

Cumpliendo estos requisitos, el poder extranjero ostentará plena validez en nuestro país. En caso contrario, no superará el juicio de equivalencia requerido y no servirá para acreditar la representación que pretende.

3. Formalidades adicionales a tener en cuenta en el procedimiento de adquisición.

A continuación, se van a exponer una serie de consideraciones adicionales con relevancia en el procedimiento de adquisición pretendido.

3.1. Elaboración y firma del “NDA” por ambas partes.

El acuerdo de confidencialidad o NDA (*non-disclosure agreement*) se trata de un contrato celebrado entre dos sujetos para compartir material y documentación confidencial y por tanto, reservada al conocimiento público para diferentes propósitos, como puede ser el análisis de la situación patrimonial de una empresa en el marco de las negociaciones de una eventual adquisición.

Este acuerdo es operativo cuando se vaya a intercambiar información confidencial con otras empresas o particulares en el marco de unas negociaciones, cuando se quiera dar relevancia y confidencialidad a la información que se comparte y, cuando se precise imponer requisitos en relación con el uso de la información compartida con la otra parte.

Se trata de un acuerdo firmado en fase precontractual, que lleva aparejada una penalización en caso de incumplimiento de las obligaciones que se establezcan.

3.2. La elaboración de la *Due Diligence*.

Como formalidad o recomendación adicional a esta operación es relevante llevar a cabo lo que se conoce como *Due Diligence*, que se puede definir como aquel proceso de investigación y recopilación de información que se realiza por parte de un potencial comprador o inversor en una sociedad tras iniciarse las primeras negociaciones. Este proceso se articula con el con el objetivo de determinar los riesgos existentes en la sociedad y analizar la realidad de su situación económica y financiera.

La *Due Diligence* es necesaria para poder apreciar posibles pasivos ocultos en el negocio, revisar contingencias y prevenirlas, identificar sinergias que puedan desarrollarse y planificar correctamente la estrategia de adquisición en aras a lograr el mayor beneficio posible tras la adquisición societaria, en caso de darse.

Este proceso va a examinar la totalidad de los aspectos relativos al negocio, y va a suponer la detección de carencias o contingencias no controladas. Por ello, la investigación va a versar sobre el ámbito financiero, contable y comercial, así como los aspectos administrativos, tecnológicos, fiscales, laborales, legales, medioambientales, etc.

Es relevante tener en cuenta el hecho de que el vendedor va a asumir la obligación de proporcionar la información necesaria, sin poder ocultar o tergiversar la misma. En caso de incumplimiento de estas obligaciones (si incurriera en dolo o negligencia), podría ser objeto de nulidad del contrato, y ser responsable de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse como consecuencia de esta actuación.

Asimismo, y como se expuso anteriormente, en relación con toda la información a la que se tenga acceso durante este procedimiento se celebrará un acuerdo de confidencialidad que involucre a las dos partes.

3.3. Autorización necesaria de la CNMC.

En relación con esta cuestión, cabe destacar que HP es una sociedad titular del 25% de las centrales hidráulicas en territorio nacional español. Su actividad se enmarca en el sector eléctrico, regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, "LSE").

El art. 21, en relación con el art. 22, remiten al art. 53 de la citada normativa. Dicho artículo establece que:

“1. Para la puesta en funcionamiento de nuevas instalaciones de transporte, distribución, producción, líneas directas e infraestructuras eléctricas de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos de potencia superior a 250 kW, contempladas en la presente ley o modificación de las existentes se requerirá de las siguientes autorizaciones administrativas:

a) Autorización administrativa previa, que se tramitará con el anteproyecto de la instalación como documento técnico y, en su caso, conjuntamente con la evaluación de impacto ambiental, según lo dispuesto en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evaluación ambiental, y otorgará a la empresa autorizada el derecho a realizar una instalación concreta en determinadas condiciones”.

En ese sentido, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante "Ley 3/2013") en su disposición adicional novena establece que:

"1. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo conocerá de las siguientes operaciones:

a) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la operación del mercado de energía eléctrica o se trate de actividades en territorios insulares o extra peninsulares conforme a lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

c) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que sean titulares de los activos precisos para desarrollar las actividades recogidas en las letras a) y b), o bien de activos del sector de la energía de carácter estratégico incluidos en el Catálogo Nacional de infraestructuras críticas de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, y su normativa de desarrollo.

*2. Las sociedades que realicen actividades incluidas en las letras a) y b) del apartado 1 anterior, deberán comunicar a la **Secretaría de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico** las adquisiciones realizadas directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, de participaciones en otras sociedades mercantiles o de activos de cualquier naturaleza que atendiendo a su valor o a otras circunstancias tengan un impacto relevante o influencia significativa en el desarrollo de las actividades de la sociedad que comunica la operación.*

*En las mismas circunstancias señaladas en el párrafo anterior, **se deberán comunicar igualmente las adquisiciones que realicen las sociedades matrices de los grupos de sociedades designadas como gestor de la red de transporte de electricidad y gas natural, así como cualesquiera otras sociedades que formen parte de dichos grupos***".

En resumen, cabe concluir que, además de los requisitos enunciados anteriormente, antes de concluir la compraventa y la transmisión de la sociedad, deviene necesario que HP comunique la transmisión de sus participaciones a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico

3.4. Análisis de licencias administrativas. Cambio de titularidad.

En una operación de este tipo, y aún más teniendo en cuenta la actividad desarrollada por la sociedad que se pretende adquirir, son varias las licencias a tener en cuenta.

A continuación, se llevará a cabo una mención de las más relevantes, teniendo en cuenta los antecedentes de hecho del presente caso.

3.4.1. Licencia de actividad y licencias ambientales.

En primer lugar, hay que atender al contenido del art. 13 del Decreto de 17 de junio de 1995, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS) dispone que:

"1. Las licencias relativas a las condiciones de una obra, instalación o servicio serán transmisibles, pero el antiguo y nuevo constructor o empresario deberán comunicarlo por escrito a la Corporación, sin lo cual quedarán ambos sujetos a todas las responsabilidades que se derivaren para el titular."

En lo que respecta a la licencia de actividad, es necesario realizar el trámite de cambio de titularidad, trámite administrativo excepcional que sirve para realizar traspasos de un mismo negocio.

No obstante, cabe destacar que este cambio de titularidad únicamente será útil si se tiene la intención de continuar (en las mismas condiciones) con la actividad desarrollada por el anterior titular. En caso de precisarse reformas o cualquier modificación de las infraestructuras será necesario obtener una nueva autorización.

Concluido este análisis en términos generales, en lo que respecta al procedimiento y requisitos concretos, estos dependerán del Ayuntamiento del lugar en el que se desarrolle la actividad empresarial.

Generalmente, los documentos a aportar serán:

- Licencia de apertura en vigor
- DNI del solicitante o escritura de constitución y CIF para sociedades
- Documento de transmisión o conformidad con el anterior titular

4. Valoración de la posibilidad de suscribir un pacto de socios entre ABC y XYZ.

4.1. Introducción a los pactos parasociales. Definición.

En primer lugar, y antes de proceder al análisis de cláusulas concretas aplicables al presente caso, es relevante determinar con claridad qué se entiende por pacto parasocial.

En el seno de las sociedades de capital, existen dos formas a través de las que se puede regular su funcionamiento. La principal, es la regulación contenida en los Estatutos Sociales, que constituyen el régimen interno de esta.

La segunda posibilidad, es a través de los denominados pactos parasociales, que se pueden definir como aquellos acuerdos adoptados por todos o algunos de los socios de una sociedad, con el objetivo de completar, concretar, o modificar las normas legales y estatutarias que rigen el funcionamiento y operatividad de esta.

Al tratarse de acuerdos, los pactos parasociales tienen naturaleza contractual, lo que implica que a la hora de abordar su eficacia les resulte aplicable el principio de relatividad propio del ámbito obligacional, del que se desprende el principio de inoponibilidad.

Precisamente, y como se analizará posteriormente, este principio es el que se recoge de forma explícita, en el artículo 29 de la LSC.

La principal ventaja que aportan este tipo de pactos es la celeridad para la modificación o complemento de cualquier cuestión societaria sin necesidad de tener que llevarse a cabo una modificación de estatutos, que no es una tarea sencilla teniendo en cuenta la complejidad de este proceso.

En cuanto a la posibilidad de suscribir un pacto de socios, teniendo en cuenta las circunstancias del presente caso, se recomienda suscribir un **pacto parasocial de organización**, denominado así en tanto que expresa la voluntad de los socios de reglamentar el funcionamiento y organización de la sociedad.

Estos pactos, regulan cuestiones relativas a la estructura y a la toma de decisiones en la misma, estableciendo un marco normativo paralelo al contenido en los Estatutos.

4.2. Posibles cláusulas a incluir teniendo en cuenta la distribución del capital.

El abanico de esta clase de pactos es muy amplio, no obstante, se van a proponer una serie de recomendaciones concretas teniendo muy presente (entre otras circunstancias) la distribución del capital social.

Cabe mencionar con carácter previo que, con relación al establecimiento de porcentajes para la adopción de acuerdos, al tratarse de una Sociedad Limitada, que requiere celeridad en la gestión para el buen funcionamiento de esta, no será conveniente establecer la unanimidad para la adopción de los acuerdos más relevantes. Lo anterior se puede suplir con el establecimiento de derecho de veto para un socio determinado en relación con materias determinadas o con el establecimiento de mayorías reforzadas.

Dicho esto, desde mi punto de vista, sería recomendable establecer:

- Cláusula “Lock Up”

Esta cláusula prohíbe la transmisión de participaciones durante un periodo determinado y junto con la permanencia de los socios como trabajadores, tienen el objetivo de garantizar el buen hacer de HP.

Se suele establecer un periodo temporal de 3 a 5 años durante el cual no se podrá vender la participación (normalmente del socio mayoritario).

Para el caso de incumplimiento se suele estipular una penalización o un derecho de adquisición preferente de aquellas participaciones que se pretenden transmitir.

- Cláusula de permanencia de los socios como trabajadores

Esta cláusula adquiere relevancia en tanto que se pretende que XYZ gestione HP dada su experiencia con este tipo de activos.

Añadiendo esta cláusula y vinculando dicha permanencia a una consolidación temporal de las participaciones, si el socio abandona el proyecto y su dedicación o rol en la sociedad antes de que finalice la permanencia, perderá la totalidad de sus participaciones o las que no haya consolidado, en función de lo que hayan acordado ambos socios.

- Derecho de adquisición preferente

Los socios de toda sociedad de responsabilidad limitada disponen de este derecho en virtud de la ley, pero a través de la inclusión de una cláusula en esta materia en el pacto parasocial se puede limitar aún más la transmisión de participaciones sociales.

Al acaparar ABC la mayoría del control (90% - 10%), es recomendable determinar un derecho de adquisición preferente por parte de XYZ con el objetivo de que su participación no se vea minorada con ocasión de eventuales ampliaciones de capital.

- Cláusula relativa al derecho de información

Al recaer la gestión principal de la sociedad sobre los socios de ABC, sería conveniente establecer un derecho de información, que determine qué tipo de información se va a poner en conocimiento de XYZ y cada cuanto tiempo. Ej.: negociaciones, ofertas...

- Entrada de nuevos socios y cumplimiento del pacto

En caso de que se pretenda dar entrada en el capital social a un tercero, se puede incluir en el pacto parasocial que dicho tercero deberá de forma previa adherirse al pacto

parasocial y aceptar todas las obligaciones y derechos acordados en dicho pacto para poder adquirir la condición de socio de la sociedad. Con ello se garantiza que, en caso de entrada de nuevos socios, todos ellos acepten el contenido del pacto y se obliguen a actuar según sus disposiciones. Teniendo en cuenta las particularidades del caso y de los socios, esta cláusula adquiere especial relevancia.

- Pactos de acompañamiento. Cláusulas “Drag Along” y “Tag Along”

Las cláusulas “Drag Along” (derecho de arrastre) y “Tag Along” (derecho de acompañamiento) son esenciales en cualquier tipo de pacto parasocial, y más aún en el presente caso teniendo en cuenta la mencionada distribución del capital. Estas cláusulas están orientadas a regular la posible salida de los socios.

Esta cláusula protege al socio minoritario (que únicamente ostenta un 10% del capital social). Esta cláusula está pensada para el supuesto de que el socio mayoritario quiera vender su participación. Este pacto le permitiría incorporarse al proceso de venta para no sufrir la imposición de un cambio de control en la sociedad.

- Cláusula “Drag Along”. Derecho de arrastre.

Este mecanismo tiene como finalidad proteger la salida del socio mayoritario de la sociedad, permite exigir al socio minoritario la enajenación de su participación en la sociedad, cuando el eventual adquirente tuviese como propósito adquirir la totalidad del accionariado.

Por un lado, garantiza al socio mayoritario negociar la venta de la totalidad de la sociedad, así como que ningún socio minoritario se niegue y dificulte la operación.

En relación con el contenido de esta cláusula, los aspectos básicos que se determinan son (entre otros): el periodo de ejercicio del derecho, el precio mínimo por el que los socios minoritarios quedan obligados a vender, la opción del resto de socios de igualar la oferta y, por último, una penalización para el caso de incumplimiento.

- Cláusula “Tag Along”. Derecho de acompañamiento

En lo relativo al derecho de acompañamiento, esta cláusula va a permitir al socio minoritario la venta de su participación en las mismas condiciones pactadas por el socio mayoritario. Le permite poder unirse a la transacción en caso de que el socio mayoritario decida vender su participación, facilitando el cambio de control en la sociedad y su desvinculación de esta.

- Pactos para evitar situaciones de bloqueo (en el futuro).

En este caso no creo que sea necesario teniendo en cuenta la distribución del capital. Sería interesante equilibrar la toma de decisiones, pero no se prevé que vayan a tener lugar situaciones de bloqueo. En caso de que la distribución del capital social varíe en un futuro, se podría adaptar articulando un nuevo pacto e introduciendo la cláusula que se estime oportuna. Para ello, podría optarse por la constitución de un voto de calidad otorgado a favor de algún consejero o a favor del propio presidente del Consejo, de tal forma que en caso de empate se haga decantar la balanza a favor de una de las dos posiciones enfrentadas.

- No competencia contractual y post contractual.

limita a los socios poder realizar cualquier actividad, asesoramiento o dedicación que pueda suponer competencia con la sociedad, en las que se incluye el ser propietario o

tener cualquier tipo de interés de forma directa o indirecta en cualquier sociedad cuya actividad pueda ser competitiva con la de la sociedad. Es habitual que la obligación o el compromiso de no competencia se establezca mientras los socios mantengan su condición de socios de la sociedad y durante un periodo posterior.

- Derecho de veto/pactos sobre quórum y mayorías o pactos restrictivos de las competencias de los administradores.

Se puede establecer, para ciertas materias que sean competencia de la Junta General o del Consejo de Administración un porcentaje distinto al establecido en la ley. La recomendación es que se equilibre la toma de aquellas decisiones más influyentes en la marcha de la sociedad, como por ejemplo el régimen de las modificaciones estatutarias. Esta protección puede articularse mediante cualquiera de los acuerdos anteriormente mencionados.

- Cláusula de penalización o indemnización por incumplimiento del pacto.

Como su propio nombre indica, se suele estipular una penalización para el caso de incumplimiento de lo estipulado en el pacto.

- Pactos sobre la composición del órgano de administración: que aseguren la presencia en el mismo del socio minoritario.

- Pactos para el ejercicio de los derechos de minoría (reconocidos por la LSC)

Por ejemplo, requerir que los estados financieros de la compañía sean revisados por auditores externos, exigir la convocatoria a junta general de accionistas...

4.3. Consecuencias de un eventual traslado de los acuerdos a los estatutos sociales. El *enforcement* o eficacia de los pactos parasociales.

En este apartado se va a realizar un análisis de la posibilidad de incluir en los Estatutos Sociales lo establecido en un pacto de socios, así como de las consecuencias derivadas de su inscripción, en lo que respecta a la eficacia y protección que podrían adquirir.

A modo introductorio, los pactos se fundamentan en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratos del art. 1255 CC, permitiendo a los socios:

“establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni el orden público”.

En lo que respecta a su eficacia, el pacto parasocial tiene entre las partes contratantes la misma naturaleza jurídica de un contrato con fuerza de ley. Esto es, se encuentra limitada a los socios suscriptores, incluida la sociedad si interviene en el pacto (art. 29 LSC). Además, como se desarrollará posteriormente, estos pueden ser inscritos en el Registro Mercantil, con la consiguiente eficacia frente a terceros.

La diferencia principal entre los pactos parasociales y los estatutos es que los primeros despliegan efectos de acuerdo con el principio de la relatividad de la eficacia de los contratos, en la medida en que los socios o la sociedad se haya obligado o no a su cumplimiento a través de su firma, mientras que el contenido de los estatutos tiene eficacia *erga omnes*, esto es, son oponibles frente a terceros y frente a la sociedad propiamente dicha.

En ese sentido, adquiere relevancia el contenido del art. 204 LSC, que, ante un eventual **acuerdo social** que contravenga un pacto de este tipo establece que:

“la infracción de un pacto parasocial no es requisito suficiente para la impugnación del acuerdo social adoptado, excepto que haya sido suscrito por todos los socios”.

En relación con esta cuestión, adquiere importancia el contenido del anteriormente citado art. 29 LSC, que establece que:

“los pactos que se mantengan reservados entre socios no serán oponibles a la sociedad”.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en su sentencia N° 103/2016, de 25 de febrero de 2016 (Rec. 2363/2013) recuerda que los pactos parasociales son válidos, aunque a veces no son eficaces frente a la sociedad:

*“(…) el problema que se plantea con más frecuencia no es el de su validez sino el de su eficacia cuando tales pactos no se trasponen a los estatutos sociales. El conflicto surge por la existencia de dos regulaciones contradictorias, la que resulta de los estatutos (o de las previsiones legales) y la establecida en los pactos parasociales, no traspuestos a los estatutos, ambas válidas y eficaces. (...) Cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social (...) por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, **esta Sala ha desestimado la impugnación.**”*

En relación con la eficacia de los mismos, la doctrina es contradictoria. Por un lado, la doctrina clásica niega la oponibilidad de los pactos no inscritos frente a la sociedad y frente a terceros, rechazando una eventual impugnación. Sostienen, por tanto, que sólo son impugnables los acuerdos que contravienen una disposición legal, una norma estatutaria o una disposición del reglamento de la JG, tal y como dispone el citado art. 204 LSC en su apartado 1.

Por el contrario, actualmente parte de la doctrina defiende una posición más flexible, y existen supuestos en que los tribunales han admitido la eficacia de los pactos de socios omninaletarales frente a la sociedad.

En ese sentido, el TS, en su sentencia de 7 de abril de 2022 N.º 1386/2022 de 7 de abril de 2022 establece que:

“los pactos parasociales son válidos y eficaces entre las partes que los suscriben, pero no oponibles, ni por tanto exigibles, a la sociedad”.

No obstante, en dicha sentencia señala el TS que esta regla de la inoponibilidad anteriormente expuesta puede exceptuarse en cada caso concreto mediante la aplicación de cláusulas generales como: la buena fe, la prohibición del abuso de derecho, el principio de confianza que surge de los propios actos o las técnicas de extensión de la imputación, que se articulan mediante el denominado **levantamiento del velo**.

En ese sentido, y ya en sus sentencias de 10 de diciembre de 2008 y de 5 de mayo de 2016, el TS afirma que:

*“si bien un acuerdo social no puede ser impugnado por el mero hecho de infringir el pacto parasocial, ya que ese no es un motivo de impugnación según la legislación de sociedades de capital, se podría apelar al **abuso de derecho o a la infracción de la buena fe o incluso a la lesión del interés social definido por el pacto parasocial para declarar la impugnación del acuerdo adoptado con los votos de los socios infractores del pacto omnilateral vigente (apdo. 6.7 del fundamento de derecho quinto)**”.*

Por otro lado, el TS también establece una excepción a este principio de inoponibilidad en sus sentencias de 26 de febrero de 1991 (Ar. 1600) y de 10 de febrero de 1992 (Ar. 1204), relativas al “Caso Manaka” en el que el TS anula una ampliación de capital realizada contraviniendo un pacto parasocial omnilateral y declara que es exigible frente a la sociedad el pacto de socios por el que se habían comprometido a reducir el capital.

No obstante, el tribunal no lo hace exponiendo que coinciden las partes del pacto y los socios de la sociedad, sino que recurre al artificio de que:

“el pacto parasocial constituye un acuerdo informal de Junta General, y que, por tanto, al ser un acuerdo societario, vincula a la sociedad”.

A modo de conclusión, y desde mi punto de vista, se recomienda trasladar los pactos parasociales a los estatutos para dotarlos de mayor protección y que sean oponibles de esta manera, frente a la sociedad.

No obstante, existen mecanismos por los que los tribunales han venido aceptando el desvanecimiento del principio de inoponibilidad de los pactos.

Estos, a modo de síntesis, son los siguientes:

- la ficción de la existencia de una junta general en la celebración del pacto parasocial;
- la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica; y
- el principio de la buena fe y de interdicción del abuso del derecho

Por su parte, la LSC consagra en su art. 28 la inclusión en la escritura y los Estatutos de:

“todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

Asimismo, si el contenido no se traslada a los estatutos, únicamente tendrían operatividad entre las partes firmantes, no extendiéndose sus efectos a futuros eventuales socios. (Piénsese en el caso de futuros adquirentes de participaciones de la sociedad.

Si esos pactos se incluyen en los estatutos, esos socios estarían vinculados al contenido de los mismos, mientras que, si se trata de acuerdos no incluidos en los estatutos, sería necesario que los suscribieran en el momento de adquirir las participaciones).

5. Estructuración del derecho a nombrar administradores con el objetivo de que pueda inscribirse en el Registro Mercantil.

En cuanto a la posibilidad de inscribir un pacto parasocial en el Registro Mercantil con la finalidad de que tenga la publicidad suficiente para ser oponible frente a terceros cabe traer a colación la resolución de la DGRN de 24 de marzo de 2010⁷, que se analizará posteriormente.

⁷ (...) en el recurso interpuesto por el notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben, contra la negativa del registrador mercantil I de Pontevedra, a inscribir el nombramiento de administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada contenido en una escritura pública, que denegó la inscripción de un pacto parasocial por el que los administradores podían ser cesados por mayoría de 2/3 por no existir modificación estatutaria o por tener naturaleza extrasocietaria.

A modo introductorio, cabe mencionar que el contenido del art. 28 LSC, y de esta resolución se deduce que no todo pacto de socios podrá ser incorporado en los estatutos e inscrito en el respectivo Registro Mercantil, sino únicamente aquel que no se oponga a las leyes ni contradiga los tipos configuradores del tipo social elegido.

En relación con el derecho a nombrar administradores, el art. 160 LSC, establece que la competencia para regular quienes serán los administradores recae en la Junta General.

En el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, el art. 191 del Reglamento del Registro Mercantil (*en adelante, RRM*) establece que:

“los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por acuerdo de la Junta General con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional”.

No obstante, el Tribunal Supremo admitió el acuerdo entre los socios por el cual los mismos, establecían el sistema de nombramiento de administradores.

En concreto, en su sentencia 941/2009, de 6 de marzo, Sala de lo Civil, Sección Primera, establece que:

“la rotundidad del artículo 191 RRM no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa [...]. Además, dicha norma es interpretada por la Dirección General de los Registros y del Notariado como “meramente excluyente de la aplicación supletoria del régimen de representación proporcional propio de las sociedades de responsabilidad anónimas” (Resoluciones de 17 de marzo de 1995 y 11 de octubre de 2008).

Ahora, el estudio se centrará en el análisis de la *Resolución de 24 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyo contenido literal establece que:*

*“Se formalizan en escritura pública los acuerdos adoptados unánimemente por todos los socios de una sociedad de responsabilidad limitada por los cuales se nombran determinados administradores y **«sin especificar si se trata propiamente de un acuerdo de Junta o un mero pacto entre los otorgantes de la escritura»** se estipula que «los nombrados podrán ser separados de sus cargos por acuerdo de los socios que representen dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social»”.*

El Registrador rechaza la inscripción de dicha escritura alegando que dicho pacto no es inscribible si no se realiza la correspondiente modificación estatutaria y la Dirección General confirma la calificación registral, sentando la siguiente doctrina:

“En el proceso fundacional de las sociedades de capital, la distinción entre previsiones escriturarias y estatutarias tiene una trascendencia eminentemente funcional, en el sentido de que las primeras recogen las declaraciones dirigidas a la constitución de la persona jurídica, y las segundas incorporan las orientadas a organizar el funcionamiento de la sociedad, de suerte que estas últimas son las que resultan modificables por acuerdo mayoritario”.

*“De acuerdo con ello, **el establecimiento de un régimen de mayorías diferente al legalmente establecido para la adopción de acuerdos sociales, dentro de los márgenes que la normativa reconoce, necesariamente habrá de plasmarse en el texto estatutario, si se pretende que forme parte del ordenamiento de la persona jurídica**”.*

La cláusula debatida en esta resolución no podrá tener acceso al Registro Mercantil, habida cuenta de dos posibles alternativas respecto de su naturaleza jurídica:

1.- *“En efecto, si se trata de un acuerdo de la Junta General debe observarse el procedimiento propio de la correspondiente modificación estatutaria, lo que en el presente caso no se ha respetado”.*

2.- *“Y si lo que estipulan los socios es un mero pacto convencional entre ellos, configurándose como uno de los llamados pactos parasociales, no imputable a la Junta General ni, por tanto, a la sociedad, tampoco podrían acceder al Registro Mercantil, por supuestos referidos en que se permite dicho acceso” (que son los denominados protocolos familiares).*

A modo de conclusión, el derecho a nombrar administradores se articulará mediante una modificación de estatutos, ya que, en caso contrario, si se constituye mediante un pacto de socios, no va a poder tener acceso al Registro Mercantil por su denominada “naturaleza extrasocietaria” así como por contravenir las disposiciones de obligado cumplimiento de la LSC.

Además, establecer un régimen de mayorías diferente al establecido en la ley para la adopción de acuerdos sociales (y dentro de los márgenes establecidos) deberá plasmarse en los Estatutos Sociales si se pretende que forme parte de su ordenamiento.

6. Examen de la cobertura ofrecida por las “manifestaciones y garantías” en relación con la contingencia fiscal por IVA.

En los apartados siguientes, se va a proceder a determinar la cobertura que ofrece esta figura jurídica así como su operatividad en el presente caso. Por último se propondrán alternativas para el caso de que la protección que ofrecen no fuera suficiente teniendo en cuenta los antecedentes del presente supuesto.

6.1. Introducción a las manifestaciones y garantías.

En cuanto a la definición de las “Manifestaciones y Garantías” se trata de una figura jurídica de origen anglosajón, cuyo objetivo es cubrir la responsabilidad del vendedor para el caso de que este incumpla o falsee alguna de las manifestaciones y garantías otorgadas por el mismo en relación con la situación de la sociedad en el momento de la firma del contrato de compraventa.

Consiste en una serie de declaraciones otorgadas por el vendedor, en relación con cualquier circunstancia actual, pasada o futura que influya o pueda influir en el proceso de adquisición. Generalmente, las más usuales en la práctica son las relativas a:

- La titularidad de la empresa y capacidad para transmitir
- El cumplimiento de obligaciones con terceros (fiscales, laborales...)
- La situación contractual de la empresa
- La situación contable y financiera de la empresa
- Los activos de la empresa y sus circunstancias

A través de esta figura, se estipula, asimismo, un régimen indemnizatorio para el caso de incumplimiento o falsedad de las manifestaciones y garantías realizadas sobre la situación de la empresa.

En relación con las manifestaciones y garantías tiene gran importancia el proceso de Due Diligence, de manera que el sujeto que haya realizado un mejor análisis estará mejor posicionado a la hora de negociar estas manifestaciones y garantías, y, por consiguiente, el precio de compra.

También es relevante tener en cuenta la cuestión de los vicios ocultos identificados en el proceso de Due Diligence, que según el Código Civil impediría al comprador reclamar el saneamiento de estos, toda vez que ya no son ocultos.

Así, el hecho de haberse realizado este proceso puede ser utilizado por el vendedor para oponer excepciones a su responsabilidad, por lo que conviene fijar expresamente y de manera clara todas y cada una de las contingencias que se identifiquen, con la redacción de una cláusula específica a cada una de ellas.

6.2. Relación con la contingencia fiscal por IVA identificada en fase de auditoría.

Una vez analizado el funcionamiento de esta figura, se procede a analizar la operatividad de esta en relación con la contingencia fiscal por IVA identificada antes del *closing*.

Como se expuso anteriormente, esta cláusula podría servir para cubrir los perjuicios y costes derivados de eventuales contingencias fiscales, en este caso, por IVA.

No obstante, IESA (el vendedor) no dispone de más activos que su participación en HP, por lo que, en caso de materializarse la contingencia, IESA no tendría patrimonio con el que responder, lo que en la práctica conllevaría al comprador a asumir más riesgos.

Por ello, en el presente caso, estas manifestaciones y garantías no serían eficaces en aras a una efectiva protección del comprador.

6.3. Análisis de posibles alternativas en aras a una efectiva protección de los intereses de los socios, bajo la premisa de que IESA no dispone de más activos en balance aparte de HP. Valoración de posibles alternativas.

Como se determinó anteriormente valorando la situación patrimonial de HP, cabe determinar que estas garantías no van a ser suficientes para proteger los intereses de los socios, por lo que se exponen a continuación diferentes alternativas que podrían ser aplicables en el presente caso.

6.3.1. Seguro de cobertura de “Manifestaciones y Garantías”.

El “Warranty & Indemnity Insurance” (en adelante, *W&I*) se trata de un tipo de seguro alternativo a las garantías tradicionalmente ofrecidas por el vendedor al comprador para asegurar el cumplimiento de sus potenciales obligaciones de indemnización en virtud del contrato de compraventa. Actualmente, este tipo de seguros son cada vez más utilizados en las operaciones de M&A, y puede ser contratado tanto por el vendedor como por el comprador.

La póliza contratada por el vendedor, también llamada “*Seller-side Policy*”, cubre los potenciales incumplimientos contractuales que puedan derivarse de las manifestaciones y garantías recogidas en el contrato de compraventa. Se trata, pues, de un seguro de responsabilidad civil contractual.

Por otro lado, la póliza contratada por el comprador o “*Buyer-side Policy*” es aquel seguro que cubre los daños o las pérdidas patrimoniales que pueda sufrir el comprador

derivadas del incumplimiento por parte del vendedor de las manifestaciones y garantías recogidas en el contrato de compraventa. Se trata, por lo tanto, de un seguro de daños.

Aunque el seguro W&I puede llegar a cubrir totalmente la responsabilidad del vendedor en los términos y condiciones pactados en el contrato de compraventa, es habitual que las pólizas W&I excluyan la obligación de pago de la indemnización por parte de la aseguradora en los siguientes supuestos:

- hechos ya conocidos o revelados (ej: contingencias identificadas en la due diligence o reflejadas en el contrato de compraventa como obligaciones de indemnización específicas o excepciones a las declaraciones y garantías);
- daños por fraude o falsedad del asegurado;
- obligaciones del vendedor distintas a las manifestaciones y garantías (por ejemplo, obligación de no competencia);
- ámbitos de responsabilidad específicos del vendedor (ej: en materia medioambiental, de responsabilidad civil por producto defectuoso, blanqueo de capitales o fiscalidad internacional).

Se debe hacer hincapié en el hecho de incluir en la cobertura las posibles contingencias fiscales.

6.3.2. Seguro de caución.

El seguro de caución es un tipo de contrato de seguro por el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado de los perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones legales o contractual con este.

Para conocer su regulación se debe acudir al art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que dispone que:

“Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

En este caso, el tomador del seguro debería ser la sociedad IESA, siendo los socios compradores los sujetos asegurados.

6.3.3. Aval bancario a primer requerimiento.

En lo que respecta al aval bancario, cabe mencionar en primer lugar que, aunque es una posibilidad existente, las probabilidades de que le sea concedido a IESA teniendo en cuenta su situación patrimonial es muy baja. Cuando la entidad bancaria estudie la liquidez de esta sociedad y observe sus activos, determinará que el riesgo de impago es elevado y no concederá la financiación.

En cuanto a su funcionamiento de esta figura, en este caso la entidad financiera otorgaría una garantía en favor de IESA, convirtiéndose así en avalista, y responderá respondiendo por IESA en caso de que esta no pueda hacer frente a la indemnización por su incumplimiento.

En lo que respecta a primer requerimiento, esto significa que cuando los socios exijan el pago de la indemnización por contingencias fiscales, la entidad financiera deberá abonar el importe estipulado.

6.3.4. Las denominadas “inmdenities”.

Otra alternativa para proteger efectivamente los intereses de los socios son las denominadas “indemnities”, cuyo objetivo no es cubrir el incumplimiento del contrato, sino evitar el perjuicio que se produciría para el comprador en caso de que se materialicen determinadas contingencias.

En este caso, ambas partes han cumplido con sus obligaciones diligentemente. Sin embargo, existe la posibilidad de que las partes acuerden el pago de una indemnización para el caso de que se produzca determinado evento, que habría rebajado el precio que el comprador aceptó pagar en su momento.

Los casos más frecuentes se suelen dar por contingencias fiscales, judiciales o contractuales. Asimismo, un expediente tributario puede tener una relevancia importante. Igualmente, la estimación o desestimación de una demanda puede modificar el precio que habría pagado el comprador. Incluso la renovación o rescisión de un contrato puede tener gran relevancia para el comprador de una empresa.

La forma de articular el funcionamiento de las “indemnities” depende fundamentalmente de las partes y de su poder de negociación: el comprador intentará obtener la mayor cobertura posible incluyendo tanto el principal del daño sufrido como los intereses y los costes relativos a la gestión o reclamación. Si consigue que las “indemnities” se reduzcan del precio a pagar, y se abonen una vez cumplidos determinados plazos sin producirse el evento, aumentará sustancialmente el retorno sobre su inversión.

En resumen, las “indemnities” permitirán al comprador ajustar el precio en la compra de una empresa, para el caso de que se produzca un acontecimiento que lo habría reducido.

6.3.5. Garantías personales por los socios de IESA.

Por último, otra posibilidad sería que durante las negociaciones con IESA, se propusiera que los socios de esta aporten garantías personales que cubriesen la contingencia identificada. De esta manera, se podría actuar directamente contra los socios, teniendo en cuenta que IESA no podría responder como persona jurídica.

A modo de **conclusión** cabe determinar que:

- Aunque las manifestaciones y garantías podrían servir para cubrir la contingencia fiscal identificada, en este caso no tienen operatividad en tanto que la situación patrimonial de IESA no permitiría hacer frente a la misma en el momento de darse.
- En lo que respecta a las alternativas propuestas, y como se expuso anteriormente, el seguro de caución y el aval bancario van a ser alternativas complejas en tanto que el riesgo de impago es elevado, y no van a concederle a IESA la financiación requerida si no presta garantías suficientes.
- En lo que respecta a las garantías personales de los socios, es previsible que ninguno de ellos acceda a responder subsidiariamente, por lo que será una opción poco viable.
- Desde mi punto de vista, la opción más recomendable es optar por las “indemnities”. En este caso, los compradores pagarían el precio acordado, a excepción de la cuantía que se acuerde por la existencia de la contingencia fiscal.

Se trata de una retención en el pago, que se dilatará hasta que se produzca la contingencia, en cuyo caso no se abonará esa parte retenida. De no producirse en el

tiempo pactado o de haberse resuelto por el vendedor, el comprador deberá pagar esa cantidad que no abonó en el momento de la venta.

7. Análisis de la posibilidad de adquirir HP con sus 500 millones disponibles en caja. Viabilidad de que HP pague por cuenta de ABC y XYZ o bien, les facilite un préstamo.

A continuación, se analizará la viabilidad de adquirir HP con el activo del que esta dispone en caja.

En primer lugar, se analizará lo que se conoce como asistencia financiera, para determinar que este propósito no se podrá llevar a cabo de la manera que se pretende (no se permite que HP pague por cuenta de los Socios ni que les facilite un préstamo). Por ello, se propondrá como alternativa la denominada fusión apalancada, cuyos efectos son similares a los pretendidos en el presente caso.

7.1. La prohibición de la denominada asistencia financiera.

En lo que respecta a esta cuestión, cabe destacar a modo introductorio que la LSC prohíbe la denominada “Asistencia Financiera”.

El art. 143 LSC, relativo a las Sociedades de Responsabilidad Limitada establece en su apartado 2 que:

“la sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”. Asimismo, el art. 40.5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada regula esta prohibición en los mismos términos.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de realizar un préstamo a los socios, el art. 162 LSC establece que: “1. en la sociedad de responsabilidad limitada la junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores”. “2. No será necesario el acuerdo de la Junta General para realizar los actos anteriores en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo”.

No obstante, teniendo en cuenta la prohibición comentada anteriormente relativa a la asistencia financiera, aunque el art. 162 LSC permita los préstamos, estos no van a poder destinarse a adquirir acciones o participaciones de la propia sociedad ni de otra sociedad del grupo al que pertenezca.

7.2. La fusión apalancada como alternativa principal.

Como alternativa, se propone llevar a cabo una operación conocida como fusión apalancada. El resultado de esta fusión es que el pago de la operación se hace directamente con la tesorería generada por la empresa que se va a adquirir (confusión de patrimonios), sin tener que observar los requisitos y costes fiscales del reparto de dividendos al comprador.

No obstante, y en relación con la prohibición de asistencia financiera anteriormente desarrollada, esta operación ha planteado dudas a la doctrina en lo que respecta las garantías que deben respetarse en dicha operación. Se procede a analizar a continuación la viabilidad de la misma.

En primer lugar, cabe mencionar que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2008, (SAN 25-9-2008), establece un amplio concepto de asistencia financiera, pero se observa una tendencia menos estricta cuando la asistencia se ha prestado con ocasión de una compra apalancada. Adquiere importancia en este caso el Auto de 9 de enero de 2007, relativo a la OPA de ENDESA por GAS NATURAL, en el que la Audiencia Provincial de Madrid establece que la prohibición de asistencia financiera es de interpretación estricta y que no es aplicable para el caso de la fusión en tanto que:

“se trata de un proceso que ya contempla garantías específicas para acreedores y socios minoritarios”.

Dicho esto, merece atención el art. 35 LME, que establece que:

“en caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de esta esencia para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:

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

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

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

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

La LME, por su parte, no modifica la prohibición general de asistencia financiera. No obstante, se puede deducir que el legislador si ha querido excluir de esta prohibición a las fusiones posteriores a compras apalancadas, estableciendo esta regulación específica en el citado art. 35. No obstante, esta exclusión no es absoluta, en tanto que debe someterse necesariamente a verificación por experto independiente, de manera que en su informe se manifieste expresamente la ausencia de asistencia financiera.

En ese sentido, cabe destacar las decisiones de la CNMV, que directamente autorizan operaciones de fusión sin entrar a valorar la conformidad con la prohibición de asistencia financiera⁸.

A modo de conclusión, tanto la doctrina mayoritaria como jurisprudencia (incluyendo decisiones de la CNMV) se han inclinado en una única dirección: admitir la licitud de las fusiones apalancadas al no concurrir asistencia financiera.

8. Sobre el traslado de domicilio social de HP a Madrid. Órganos legitimados para la adopción de dicho acuerdo y requisitos necesarios para su plena eficacia.

⁸ Véase Grima, J. “La compraventa apalancada de sociedades antes y después del artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, cit. 341 y ss.

En primer lugar, en cuanto al acuerdo sobre el traslado del domicilio social de HP de Málaga a Madrid, el art. 285 LSC establece en su apartado 2 que:

“...el órgano de administración será competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos. Se considerará que hay disposición contraria de los estatutos solo cuando los mismos establezcan expresamente que el órgano de administración no ostenta esta competencia”.

Del artículo anterior se puede deducir que, si en los estatutos actuales no se ha limitado expresamente la competencia del órgano de administración para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional será éste quién ostente la competencia para llevarlo a cabo.

No obstante, es relevante aclarar que esta competencia del órgano de administración no es exclusiva. Es decir, aunque el art. 285.2 LSC prevé que el órgano de administración será competente, no quiere decir que no lo sea también la Junta General de Socios, que puede ejercer dicha competencia. No se pretende limitar las competencias de la Junta, sino dar celeridad al trámite de modificación del domicilio social.

En lo que respecta a las formalidades que deben cumplirse para la plena eficacia del acuerdo de cambio de domicilio social, el mismo debe ser formalizado en escritura pública, con indicación de la nueva redacción del artículo correspondiente de los estatutos sociales. Posteriormente la escritura debe ser inscrita en el Registro Mercantil.

El procedimiento de inscripción dependerá de si el domicilio se traslada dentro de la misma provincia o a otra provincia diferente.

En este caso, al tratarse de un traslado de Málaga a Madrid resulta de aplicación el art. 19 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, *RRM*) que regula los requisitos necesarios para ello estableciendo lo siguiente:

Para la inscripción en el Registro Mercantil de destino, se ha de presentar en éste una certificación literal de la hoja registral expedida por el Registro Mercantil de origen, comprensiva de todos los asientos de inscripción, a fin de que se trasladen literalmente a la nueva hoja que se abra en el Registro Mercantil de destino.

Esta certificación:

“debe reproducir también las cuentas anuales depositadas correspondientes a los últimos cinco ejercicios”, “se expide previa presentación en el Registro Mercantil de origen, del documento que acredite el acuerdo social de traslado (o la decisión del órgano de administración, en su caso, con las firmas legitimadas)”

“tiene una vigencia de tres meses desde su expedición, transcurridos los cuales debe solicitarse una nueva certificación”

“una vez expedida, el Registro Mercantil de origen lo hace constar en el documento en cuya virtud se solicitó y por diligencia a continuación del último asiento practicado, lo que finalmente implica el cierre del Registro Mercantil de origen”.

El Registrador Mercantil de destino debe:

“transcribir literalmente el contenido de la certificación en la nueva hoja, reflejando en inscripción separada el cambio de domicilio, a continuación, comunicará de oficio al Registro Mercantil de origen haber practicado las inscripciones anteriores, indicando el número de la hoja, folio y libro en que conste; este último extenderá una nota de referencia expresando dichos datos registrales”.

En síntesis, cabe concluir que:

- El traslado del domicilio social se podrá acordar tanto por el Órgano de Administración como por la Junta General.
- Al pretenderse un traslado del domicilio social entre provincias diferentes, será necesario cumplir con los requisitos enunciados anteriormente en el art. 19 RRM.

8.1. Revocación de los poderes generales vigentes y otorgamiento de unos nuevos.

En lo que respecta a la revocación de poderes, la competencia para llevar a cabo este negocio jurídico recae sobre los administradores, en tanto que no se trata de una competencia expresa y exclusivamente atribuida a la Junta General y tampoco se conoce el contenido de los Estatutos de la Sociedad, por lo que cabe determinar que esta competencia recae sobre los administradores de forma residual.

En relación con esta revocación, a modo introductorio, el Código Civil consagra la posibilidad de revocar un poder en el artículo 1732.1.

La revocación del poder puede llevarse a cabo de forma expresa o tácita. La expresa es la contenida en el art. 1.733 CC que establece que:

“el mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato”.

No nos podemos olvidar del contenido del art. 1738 CC, que se declara válido:

“todo lo que el apoderado haga de buena fe con un tercero ignorando la revocación”.

El poderdante es, en principio, libre para revocar el poder en cualquier momento, solicitando al representante la devolución de la copia autorizada del poder. Si este se negare, será conveniente otorgar una escritura de revocación del poder, y notificar la revocación al representante mediante un notario, que no tiene por qué coincidir con aquel ante quien se otorgó inicialmente el poder.

Una vez llevado a cabo el otorgamiento de una escritura de revocación de poder, es conveniente solicitar al notario que comunique la revocación al apoderado y le pida la devolución de la copia autorizada del poder. Puede hacerse ante el mismo notario que hizo el poder o ante otro notario distinto, quien, en este caso, notificará la revocación al primer notario a fin de que extienda nota en la escritura original de que el poder ha quedado sin efecto por la revocación y evitar así que entregue una nueva copia al apoderado, si éste la pidiera, para seguir utilizando el poder. Para ello, se debe acudir al notario y realizarlo mediante escritura pública, es decir, de la misma manera en la que se le otorgó el poder. Solo así se constatará la garantía y prueba de que dicho poder ha sido revocado.

Por último, el art. 94 del RRM establece como obligatoria la inscripción de:

*“Los **poderes generales** y las delegaciones de facultades, así como su **modificación, revocación y sustitución**. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.”.*

A modo de síntesis, la competencia para la revocación de los poderes generales y el otorgamiento de unos nuevos recae sobre los administradores.

Los pasos a seguir son:

1. Adopción del acuerdo por el Consejo de Administración.
2. Otorgamiento de escritura de revocación de poderes ante notario.
3. Comunicación de la revocación y solicitud de devolución de la copia autorizada del poder.
4. Inscripción de la revocación en el Registro Mercantil

9. Análisis de la operación de refinanciación pretendida por los Socios. Repago anticipado de la deuda y posibles inconvenientes.

Teniéndose en cuenta que una vez adquirido el capital social de HP, la intención los Socios es refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente.

A modo introductorio, del análisis del balance de la compañía HP se deduce que la misma no se encuentra en situación de insolvencia actual ni inminente por lo que carece de sentido (y viabilidad) emplear mecanismos pre concursales.

En ese sentido, la solución propuesta pasa por celebrar un contrato de financiación con el sindicato bancario alemán y pagar anticipadamente la deuda.

En lo que respecta a este pago anticipado de la deuda, se debe prestar especial atención a las siguientes cuestiones:

- **Condiciones pactadas en “Deuda Socios” y “Deuda Bancos” en relación con posibles penalizaciones y/o indemnizaciones por pago anticipado.**
- **Posibles disposiciones de pago anticipado y cancelación, cuyo incumplimiento puede equivaler a un vencimiento anticipado, llevando aparejada la obligación de devolver la totalidad de la deuda.**
- **Posible disposición de incumplimiento cruzado o “cross default” entre diferentes financiaciones.**

Que equivaldría al vencimiento anticipado de todas ellas. Según el contenido de esta cláusula, las partes tienen la posibilidad de pactar que en virtud del incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones a cargo del deudor, las demás obligaciones se entenderán igualmente incumplidas, lo que supondría la terminación inmediata del contrato llevando aparejada las consecuencias derivadas del mismo y el consiguiente aumento de costes.

Dicho esto, se procede a realizar un análisis de los posibles riesgos existentes en la Deuda Socios y Deuda Bancos.

En relación con la financiación otorgada por las entidades financieras (Deuda Bancos), en caso de que se haya articulado mediante préstamos hipotecarios, resultaría de aplicación la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

En lo que respecta a los préstamos participativos (Deuda Socios) y su pago anticipado, se debe atender a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que en su art. 20 apartado b) establece que:

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

Por consiguiente, se puede determinar que no existe libertad para amortizar el préstamo de forma anticipada, pues la norma de aplicación solo permite cancelar anticipadamente el préstamo si se compensa con una ampliación de la misma cantidad en el capital de la sociedad, con la finalidad de que no se descapitalice y se evite así el perjuicio a otros acreedores. Asimismo, se hace necesario determinar el contenido de la cláusula de penalización en caso de haberse pactado.

Por último, adquiere relevancia en esta cuestión el art. 226 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que en relación con una eventual declaración de concurso dispone que:

“1. Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. Son igualmente rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que concurran las dos siguientes condiciones: 1.º Que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez. 2.º Que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida”.

En relación con lo anterior, el art. 227 de la misma normativa, relativo a las presunciones absolutas de perjuicio establece que:

“el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real”. Esta cuestión adquiere importancia en relación con las garantías personales prestadas por los socios.

Por su parte, el art. 228, referido a las presunciones relativas de perjuicio establece que el perjuicio patrimonial se va a presumir cuando se trate de uno de los siguientes actos:

“1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2.º Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.

3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real”.

Del estudio de los artículos anteriores se puede concluir que:

- No existe libertad para amortizar el préstamo de forma anticipada, solo sería posible si se compensa con una ampliación de capital por la misma cantidad.

- En caso de tener lugar una declaración de concurso, actos como el que aquí se pretende podrían ser objeto de rescisión (salvo que se hayan homologado dentro de un plan de reestructuración).

- Se debe analizar también si se han pactado cláusulas de penalización o indemnización por pago anticipado, así como a la posible existencia de cláusulas de cancelación, que llevarían aparejada la obligación de devolver la totalidad de la deuda (incluyéndose intereses),

10. Sobre la resolución del contrato de Operación y Mantenimiento actualmente suscrito y sustitución por uno nuevo con otra sociedad del grupo.

Por último, en relación con la posibilidad de sustituir el contrato de O&M la respuesta es afirmativa.

No obstante, en lo que respecta a los riesgos, debe prestarse especial atención al hecho de que el contrato se ha celebrado en régimen de exclusividad (riesgo tener que hacer frente a una indemnización por resolver unilateralmente un contrato mercantil que contiene una cláusula de este tipo) así como a que el nuevo contrato se va a suscribir con una sociedad perteneciente al grupo ABC.

En relación con los contratos que incluyen cláusula de exclusividad, cabe mencionar que, en general, no va a ser posible la decisión unilateral de una de las partes de terminar el contrato sin compensación a la otra parte, salvo que dicha posibilidad se haya recogido de forma expresa en el contrato firmado por las partes o que se trate de un contrato de prestación de servicios de carácter indefinido. En caso de rescisión unilateral del contrato de prestación de servicios, la parte que termine el contrato previsiblemente deberá compensar a la otra parte por los daños y perjuicios que su decisión pueda ocasionar. Si en el contrato se recoge expresamente la facultad de terminar el contrato de forma anticipada, la compensación se deberá ajustar a lo establecido en el mismo.

Otra cláusula a la que se debe prestar atención es la denominada “cláusula cambio de control”, que lleva o suele llevar aparejada la resolución del contrato como consecuencia del cambio de control de la sociedad (ej: venta de la sociedad).

10.1. Análisis de la viabilidad e identificación de posibles riesgos.

En este apartado se van a analizar los requisitos y formalidades necesarias para la suscripción del nuevo contrato de operación y mantenimiento con la sociedad perteneciente al grupo ABC.

En el primer apartado, se analizará la consideración de esta operación como “operación vinculada” así como la posible sujeción de la misma a conflicto de interés de los Consejeros de HP, para concluir con el análisis relativos a los precios de transferencia, que no es más que otra obligación derivada de la consideración de esta operación como vinculada.

10.2. Tratamiento de la operación como “operación vinculada”.

La principal consecuencia que se deriva de que el contrato se celebre con una sociedad del grupo es la relativa a la calificación de esta como operación vinculada y/o operación intragrupo.

En relación con las operaciones vinculadas, lo primero que debemos tener en cuenta es a quiénes se consideran entidades vinculadas.

Según lo dispuesto en el art. 18 Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades esto se da entre:

“dos entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil, según el Artículo 42 del Código de Comercio (en adelante, CCom)”.

En relación con lo anterior, el art. 231 bis LSC, dispone que:

“tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

d) Las sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección.

A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad”.

Teniéndose en cuenta que el nuevo contrato de O&M se pretende realizar con otra sociedad perteneciente al grupo ABC y sabiendo el Consejo de Administración de HP está formado por 2 Consejeros de ABC y 1 de XYZ, los Consejeros de HP tendrán la consideración de personas especialmente vinculadas con la sociedad con la que se pretende celebrar el nuevo contrato.

En ese sentido, lo primero que se debe determinar es si la operación está sujeta a conflicto de interés. Para ello, se debe analizar el contenido del art. 231 bis LSC relativo a las operaciones intragrupo.

El apartado 4 dispone que:

“a los efectos de los apartados anteriores, no se considerarán operaciones realizadas con una sociedad del grupo sujeta a conflicto de interés aquellas realizadas con sus sociedades dependientes, salvo cuando en la sociedad dependiente fuese accionista significativo una persona con la que la sociedad no podría realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas. No obstante, para la sociedad dependiente que esté sujeta a esta Ley, por tratarse de operaciones celebradas con la sociedad dominante, será de aplicación lo previsto en los apartados anteriores”.

Del artículo anterior se puede deducir que esta operación tendrá la consideración de operación vinculada y puede estar sujeta a conflicto de interés.

De este régimen se deducen una serie de formalidades y requisitos de aprobación de la operación que se proceden a analizar a continuación:

En primer lugar, en cuanto al deber de abstención del administrador conflictuado en la deliberación y votación sobre las transacciones vinculadas (art. 228.c y 230 LSC) cabe mencionar que: “en el cumplimiento de su deber de lealtad a la sociedad, los administradores han de abstenerse en la adopción de acuerdos en los que, él o una persona vinculada a él, tengan un conflicto de interés con la sociedad”.

No obstante, el régimen de las operaciones intragrupo excepciona este deber de abstención de la persona vinculada siempre que tenga lugar expresa dispensa otorgada por la sociedad al administrador o a la persona vinculada.

Eso sí, se impone a los administradores conflictuados la obligación o deber de probar que la transacción responde al interés social y que han cumplido sus deberes de diligencia y lealtad (art. 231 bis 2 LSC):

“la aprobación del resto de las operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés, corresponderá al órgano de administración. No obstante lo previsto en los artículos 228.c) y 230, la aprobación podrá hacerse con la participación de los administradores que estén vinculados y representen a la sociedad dominante, en cuyo caso, si la decisión o voto de tales administradores resultara decisivo para la aprobación, corresponderá a la sociedad y, en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo es conforme con el interés social en caso de que sea impugnado y que emplearon la diligencia y lealtad debidas en caso de que se exija su responsabilidad”.

En cuanto a la aprobación de las operaciones intragrupo y sus requisitos, el art. 231 bis LSC distingue tres niveles en función del órgano competente para la aprobación de la transacción: la junta general, el órgano de administración y los órganos delegados.

Para la celebración del contrato de O&M, teniéndose en cuenta que se trata de una operación del tráfico ordinario empresarial se debe atender al contenido del apartado 3, que expone literalmente:

“la aprobación de operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés podrá ser delegada por el órgano de administración en órganos delegados o en miembros de la alta dirección siempre y cuando se trate de operaciones celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial, entre las que se incluirán las que resultan de la ejecución de un acuerdo o contrato marco, y concluidas en condiciones de mercado. El órgano de administración deberá implantar un procedimiento interno para la evaluación periódica del cumplimiento de los mencionados requisitos”.

A diferencia de lo que ocurre con carácter general para los acuerdos de dispensa, la aprobación o dispensa de las operaciones intragrupo celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial y concluidas en condiciones de mercado podrán ser objeto de delegación en **consejeros** con funciones ejecutivas o en la **alta dirección** de la sociedad, que deberán decidir las bajo su responsabilidad y sin la cobertura del margen de discrecionalidad empresarial (art. 226.2 LSC).

En este caso se deberá implantar un procedimiento interno para la evaluación periódica de si las operaciones pueden considerarse ordinarias y su conclusión se ha realizado en condiciones de mercado (apdo. 3 del art. 231 bis LSC).

En síntesis: la consideración de los Consejeros de HP como personas especialmente vinculadas va a hacer que resulte aplicable el régimen de las operaciones vinculadas. Asimismo, es probable que esta operación esté sujeta a conflicto de interés entre los Consejeros de HP por las razones anteriormente expuestas. De lo anterior se derivan una serie de consecuencias de obligado cumplimiento así como una serie de requisitos necesarios para poder llevar a cabo esta operación.

10.3. Aplicación de la normativa sobre precios de transferencia.

En relación con la cuestión anterior, también será de aplicación la normativa relativa a los precios de transferencia, que aplican cuando una sociedad ostenta una participación superior al 25% sobre otra.

En este caso, al ser la participación superior al 90%, se debe atender al contenido del art. 18 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades y su reglamento de desarrollo.

La principal consecuencia que se deriva es que probablemente, el contrato deba someterse a un importe establecido legalmente, cuyo cálculo se realizará conforme a los parámetros establecidos en la Ley del Impuesto de Sociedades.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En lo que respecta a la posibilidad de que ABC pueda adquirir participaciones en una sociedad española la respuesta es afirmativa. Para ello, se deberán cumplir las disposiciones contenidas en la LSC, relativas a la adquisición de participaciones sociales. El art. 107 LSC establece el régimen general de transmisión de participaciones a falta de previsión estatutaria. Asimismo, por las circunstancias expuestas anteriormente, esta operación tiene la consideración de inversión extranjera, que lleva aparejados una serie de formalismos adicionales para llevar a cabo la adquisición. Aparte, al estar implicadas en la operación sociedades domiciliadas en territorios que tienen la consideración de paraísos fiscales, surgen más requisitos a observar.

A su vez, en relación con la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, se deben respetar una serie de garantías establecidas en la normativa de aplicación anteriormente desarrollada. Cabe destacar, por último, que están aún vigentes disposiciones derivadas de la normativa relacionada con el Covid-19 (como la suspensión del régimen de liberalización de inversiones extranjeras), debiéndose atender a eventuales prórrogas.

SEGUNDA. En lo que atañe a los poderes, para el caso de su otorgamiento en España el procedimiento es claro y no deja lugar a dudas. En relación con los poderes otorgados en el extranjero y su validez en territorio español, se deberá analizar si se ha otorgado en un Estado con el que exista convenio internacional que simplifique los trámites o por el contrario, no existe ningún convenio internacional, lo que conllevaría a efectuar por parte del notario autorizante un “juicio de equivalencia”.

TERCERA. En este tipo de operaciones de compraventa de empresas o “M&A”, antes de comenzar con el intercambio de información en la fase precontractual, es necesario firmar un NDA que garantice la confidencialidad de la documentación compartida. En segundo lugar, y en relación con las Garantías y Manifestaciones es fundamental realizar una Due Diligence que analice en profundidad la situación real de la sociedad que se pretende adquirir. Como requisitos adicionales, se precisa una autorización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Asimismo, se debe prestar especial atención a las licencias administrativas relativas al cambio de titular y a las demás que sean exigibles en relación con la normativa ambiental, especialmente a nivel local.

CUARTA. En lo relativo a los acuerdos parasociales o pactos de socios, se debe tener en cuenta la eficacia que los mismos despliegan en función de los sujetos que lo suscriben (bien los socios entre ellos, los socios y la sociedad...). En relación con esta cuestión, es relevante el hecho de incluir estos pactos en los Estatutos Sociales, que les otorgará eficacia “erga omnes”, (frente a terceros y frente a la sociedad propiamente dicha), asimismo, los remedios frente a un eventual incumplimiento son más amplios si se incluyen.

QUINTA. En cuanto a la inscripción en el Registro del derecho de cada socio a nombrar administradores, este podrá tener acceso al mismo siempre que se respeten los requisitos anteriormente desarrollados. No podrá contravenir los elementos configuradores del tipo social ni lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital.

SEXTA. En cuanto a las manifestaciones y garantías, una vez definida a grandes rasgos la cobertura que ofrecen cabe destacar que es imprescindible analizar las circunstancias concretas de cada caso. En relación con este tipo de cobertura, procede hacer

referencia al documento de Due Diligence anteriormente mencionado, eficaz para detectar posibles contingencias que puedan cubrirse posteriormente mediante estas garantías.

No obstante, en el presente caso se determina que no son operativas y se proponen una serie de alternativas, que deberán valorarse en profundidad y ser objeto de un estudio independiente, teniendo en cuenta todas las circunstancias y hechos del caso y de las sociedades involucradas en la operación.

SÉPTIMA En aras a una efectiva protección de los intereses de los socios (y al no dar las manifestaciones y garantías la cobertura suficiente para proteger sus intereses) de entre las diferentes alternativas propuestas, la más recomendable desde mi punto de vista, dada la situación patrimonial de la sociedad, sería la propuesta por las “indemnities”. En este caso, los compradores pagarían el precio acordado, a excepción de la cuantía que se acuerde por la existencia de la contingencia fiscal.

OCTAVA. El órgano competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional será el órgano de administración, aunque cabe destacar que esta competencia no es exclusiva, por lo que la JG puede ejercer dicha competencia salvo que estatutariamente se establezca otra cosa.

En lo que respecta a la revocación de los poderes, al no tratarse de una competencia específica de la Junta General y a falta de previsión estatutaria, serán competentes los administradores en virtud de su competencia residual, cumpliendo las formalidades y requisitos establecidos en el Código Civil y en la normativa vigente.

NOVENA. En lo que respecta a la refinanciación de la sociedad y pago anticipado de la deuda existente, es posible realizar la operación, no obstante, se debe prestar atención a las posibles penalizaciones por resolución anticipada y a las formalidades establecidas en relación con los préstamos participativos.

DÉCIMA. En este caso, la consideración de los consejeros de HP de personas vinculadas a la sociedad con la que se pretende suscribir el contrato conlleva a la aplicación del régimen de las operaciones intragrupo. De este régimen se deducen una serie de formalidades y requisitos de aprobación de la operación que deben respetarse para poder llevarla a cabo. En cada caso concreto, desde el punto de vista práctico se debe determinar: cuando una operación va a tener la consideración de operación intragrupo, así como aquellas operaciones que involucren a personas vinculadas con el órgano de administración de la sociedad y si la operación concreta requiere autorización para efectuarla y los requisitos de obtención de cada una.

En Madrid a 21 de diciembre de 2022

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, fluid strokes that form a stylized, somewhat abstract shape.

BIBLIOGRAFÍA

- Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 1024/2012
- Convenio de La Haya N.º XII, de 5 de octubre de 1961, de Supresión de la Exigencia de Legalización en los Documentos Públicos Extranjeros
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
- Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19
- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica
- 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
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
- Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales,
- 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

- Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1386/2022 de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386)
- Sentencia del Tribunal Supremo N.º 103/2016, de 25 de febrero de 2016 (Rec. 2363/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo N.º 941/2009, de 6 de marzo, (ECLI:ES:TS:2009:941)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2008, (SAN 25-9-2008)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 1160/2007 de 9 de enero en el caso de la OPA de Endesa con adquisición de Gas Natural
- Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016
- Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2018
- Resolución de la DGRN de 24 de marzo de 2010
- Balaguer, C. G., & PÉREZ, B. D. N. (2010). Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia. *Cuadernos de Formación. Colaboración*, 34(10).
- Carreño Nin de Cardona, P. (2019). Asistencia financiera y fusión apalancada. El artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales.
- Cebriá, L. H. (2003). *El contrato de compraventa de empresa* (Doctoral dissertation, Universitat de València).
- De Alvear Tenor, I. (2020). Nueva regulación de las inversiones extranjeras directas en sectores estratégicos de España y la UE, incluido el de Defensa. *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, (89), 1
- Factum proprium non valet". *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 113-116.
- Fernández, M. L. (2014). Operaciones vinculadas. *Cont4bl3*, (49), 15-16.
- Fernández, J. M. (1996). Los pactos parasociales. In *Anales de la academia matritense del notariado* (No. 37, p. 201).
- Galván Domínguez, C. (2019). Las cláusulas drag along y tag along.
- Hycka, G. B., & Martínez, M. L. Facultades Indelegables en las Competencias del Consejo de Administración de las Sociedades de Capital.
- Koster, A. E. S. (2017). Impugnación de acuerdos sociales mediante mecanismos societarios en caso de incumplimiento de un pacto parasocial omnilateral "Venire contra
- La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un pacto parasocial omnilateral y la relevancia de la buena fe. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 25 febrero 2016 (RJ 2016, 635) - Bojan Radovanovic. - 2017 Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 103 – URJA MENENDEZ
- LEDESMA, C. A., & Pons, M. (2006). Pactos parasociales. *Diccionario de Derecho de Sociedades, Iustel*.

- MILLÁN, D. P. (1996). De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales.
- Pactos parasociales omnilaterales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de abril del 2022) - *26 de julio, 2022- Fernando Marín de la Bárcena.*
- Paz-Ares, C. (2003). El enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 5, 19 – 43.
- Revista de Derecho Privado, N.º 23, julio - Diciembre de 2012, pp. 211 a 243.