



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER. MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Redactado por: Martín Herrero Besuievsky.

Tutor: D.Javier Alberite Carreño.

Fecha: 21 de diciembre de 2022.

ÍNDICE

1	RESUMEN EJECUTIVO	3
2	CUESTIONES PLANTEADAS Y ANTECEDENTES	3
3	PUEDE ABC ADQUIRIR PARTICIPACIONES DE UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y EN SU CASO ¿QUE REQUISITOS FORMALISMOS DEBERA CUMPLIR? EN RELACION A LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACION DEL TERRORISMO ¿QUÉ FORMALIDADES DEBERÁN CUMPLIR ABC, XYZ Y HP?	4
4	A LOS EFECTOS DE PODER COMPARECER ANTE NOTARIO EN ESPAÑA PARA OTORGAR LA COMPRAVENTA AMBOS SOCIOS HAN OTORGADO UN PODER ESPECIAL EN SUS RESPECTIVOS DOMICILIOS ¿QUÉ FORMALIDADES DEBERÁN CUMPLIR DICHS PODERES PARA SER ADMITIDOS POR EL NOTARIO AUTORIZANTE DE LA OPERACIÓN?	8
5	¿EXISTE ALGUNA FORMALIDAD ADICIONAL QUE DEBAMOS TENER EN CUENTA A LA HORA DE ESTRUCTURAR LA ADQUISICIÓN O ALGUNA ACCIÓN A COMPLETAR CON CARÁCTER PREVIO O SIMULTÁNEO A LA EJECUCIÓN DE LA COMPRAVENTA?	11
6	¿DEBERÍAN VALORAR ABC Y XYZ LA POSIBILIDAD DE SUSCRIBIR UN PACTO DE SOCIOS Y, EN SUCASO, QUÉ ACUERDOS DEBERÍA RECOGER EN DICHO PACTO TENIENDO EN CUANTA LA DISTRIBUCIÓN 90/10 DEL CAPITAL (ASESORAMOS A AMBAS ENTIDADES, ¿CON LO QUE NUESTRAS RECOMENDACIONES DEBERÍAN SER EQUILIBRADAS)?	12
7	EN CASO DE HABER RESPONDIDO AFIRMATIVAMENTE A LA RESPUESTA ANTERIOR. ¿ES RECOMENDABLE QUE TRASLADEN A LOS ESTATUTOS SOCIALES LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN DICHO PACTO DE SOCIOS Y POR QUÉ? ¿COMO DEBERÍAN, EN SU CASO, ¿ESTRUCTURAR EL DERECHO QUE CADA UNO TIENE A NOMBRAR DETERMINADOS ADMINISTRADORES PARA QUE EL MISMO PUEDA ACCEDER AL REGISTRO?	16
8	DURANTE LA FASE DE AUDITORÍA LEGAL Y FISCAL DE HP, EL ASESOR FISCAL A IDENTIFICADO UNA CONTINGENCIA FISCAL RELEVANTE POR IVA. DURANTE LAS NEGOCIACIONES DEL CONTRATO, EL ASESOR IESA HA PROPUESTO CUBRIRLO VÍA “MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS”. ¿EN QUÉ CONSISTE A GRANDES RASGOS LA COBERTURA QUE NOS OFRECEN? ¿FUNCIONARÍA EN ESTE CASO PARA PROTEGER LOS INTERESES DE LOS SOCIOS TENIENDO EN CUENTA QUE EISA NO DISPONE DE MÁS ACTIVOS EN BALANCE APARTE DE HP? ¿QUÉ ALTERNATIVAS PODRÍAN PROPONERSE?	18
9	EN PRINCIPIO ABC Y XYZ DISPONEN DE FONDOS SUFICIENTES PARA ADQUIRIR IESA, PERO DADO QUE ESTA ÚLTIMA TIENE 500 MILLONES DE EUROS DISPONIBLES EN LA CAJA, ESTÁN VALORANDO LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR LA TOTALIDAD O PARTE DE ESOS 500 MILLONES PARA PAGAR EL PRECIO DE COMPRA (HP NO ACEPTA DISTRIBUIR DICHO IMPORTE COMO DIVIDENDO CON CARÁCTER PREVIO A LA COMPRA POR MOTIVOS FISCALES). ¿ES POSIBLE REALIZAR DICHA OPERACIÓN Y QUE LA SOCIEDAD O BIEN PAGUE POR CUENTA DE LOS SOCIOS O BIEN LES FACILITE UN PRÉSTAMO A ESTOS? ¿POR QUÉ? ¿EXISTEN OTRAS ALTERNATIVAS?	20
10	EN UNIDAD DE ACTO CON LA ADQUISICIÓN, ESTÁ PREVISTO QUE, ENTE OTRAS CUESTIONES, HP TRASLADÉ SU DOMICILIO SOCIAL A MADRID Y SE REVOQUEN LOS ACTUALES PODERES GENERALES VIGENTES, OTORGÁNDOSE UNOS NUEVOS. ¿QUÉ ÓRGANOS SERÁN LOS ENCARGADOS DE LA ADOPCIÓN DE DICHS ACUERDOS? ¿CÓMO	

DEBERÁN DOCUMENTARSE LOS MISMOS, QUE FORMALIZADES DEBERÁN CUMPLIRSE PARA SU PLENA EFICACIA Y QUE PERSONAS, EN SU CASO, ¿DEBEN LLEVARLAS A CABO? 22

11 TAN PRONTO ADQUIERAN EL CAPITAL SOCIAL DE HP, LA INTENCIÓN DE ABC Y XYZ (DADA LA EXCELENTE RELACIÓN QUE ABC TIENE CON UN SINDICATO BANCARIO ALEMÁN) ES REFINANCIAR LA COMPAÑÍA Y REPAGAR ANTICIPADAMENTE TODA LA DEUDA EXISTENTE (TANTO LA DEUDA CON BANCOS COMO LA DEUDA CON SOCIOS). ¿SERÍA POSIBLE REALIZAR ESTA OPERACIÓN Y, EN SU CASO, ¿CÓMO?..... 24

12 DE IGUAL MODO, TRAS LA VENTA ESTÁ PREVISTO QUE HP RESUELVA EL CONTRATO DE O&M QUE ACTUALMENTE MANTIENE SUSCRITO Y LO SUSTITUYA POR UN NUEVO CONTRATO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO CON UNA SOCIEDAD DEL GRUPO ABC. LAS CONDICIONES DE DICHO CONTRATO SON LIGERAMENTE MÁS ONEROSAS QUE LAS DEL CONTRATO ORIGINALMENTE EN VIGOR, PERO NO LLEGAN A SER CONSIDERADAS FUERA DE MERCADO. ¿ES POSIBLE SUSTITUIR EL O&M Y, EN CASO AFIRMATIVO, ¿QUE ÓRGANO(S) DEBERÍA(N) APROBAR LA SUSCRIPCIÓN DEL NUEVO CONTRATO Y CON QUE REQUISITOS? ¿IDENTIFICAMOS ALGÚN RIESGO EN RELACIÓN A DICHA RESOLUCIÓN? 25

13 BIBLIOGRAFÍA 26

1 RESUMEN EJECUTIVO

En el presente informe se analizan las implicaciones que podría tener desde un punto de vista legal la adquisición por parte de ABC, y XYZ de la sociedad HP, teniendo en cuenta que ABC, es una sociedad extranjera, controlada por una entidad que opera en un paraíso fiscal. Así mismo se debe tener en cuenta que HP es considerada una infraestructura crítica, para ello se analizan las limitaciones y formalismos necesarios para que esta operación se pueda realizar. Por lo tanto, según lo dispuesto en *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* y en el *Real Decreto Ley 8/2020*, se va a necesitar una autorización por parte de la autoridad competente para poder realizar dicha operación.

Por ello se analiza los requisitos que deben cumplir los poderes otorgados por notarios fuera de España, y su validez para que el notario pueda autorizar la operación, siendo necesario que estos documentos, tenga una equivalencia con los documentos tanto en los efectos que produce como que cumpla unos formalismos equivalentes.

En lo referente a los pactos parasociales y su funcionalidad, se recomienda su utilización sobre todo para acordar la gestión de la sociedad y sus órganos de administración. Igualmente se analiza, las formas en las que las sociedades se pueden proteger a la hora de la aparición de contingencias durante la operación de compraventa, que aun cuando la cláusula de manifestaciones y garantías es una medida correcta, pero no cumpliría la función de cubrir en su totalidad al comprador. En este sentido se les recomienda a los compradores diferentes alternativas como por ejemplo un seguro de cobertura de manifestaciones y garantías o un ajuste al precio de compraventa.

En lo relativo a la posibilidad de adquisición con fondos propios, al tratarse de una operación prohibida por la ley de sociedades de capitales se recomiendan diferentes alternativas como la adquisición mediante un prestamos bancario.

Así mismo en lo relativo a la posibilidad de refinanciar la deuda, que tiene con BANCO SA, se exponen las ventajas y desventajas de realizar una refinanciación y se expone como realizar dicha refinanciación. De la misma manera se analiza la posibilidad de la sustitución del contrato de O&M vigente, junto a los requisitos que deberá hacer frente como a los riesgos que puede enfrentarse relativos a la rescisión unilateral del contrato previo y lo relativo a los precios transferencia por ser el nuevo destinatario del contrato una entidad vinculada.

Por lo tanto, se puede concluir, que para realizar esta compraventa se tiene que cumplimentar diferentes requisitos y formalismos, por el tipo de entidad que se pretende adquirir junto con los requisitos establecidos para la inversión extranjera.

2 CUESTIONES PLANTEADAS Y ANTECEDENTES

La sociedad ABC es una entidad luxemburguesa que invierte en proyectos de infraestructura en la Unión Europea y es propiedad de la sociedad ABC Global, radicada en las Islas Vírgenes Británicas y a su vez propiedad del ABC Trust, un fideicomiso con sede en Bermudas. ABC ha llegado a un acuerdo con la sociedad española XYZ para adquirir conjuntamente el 100% del capital social de Hidro Power, una entidad privada que posee el 25% de las centrales hidroeléctricas en funcionamiento en España. Como parte de la transacción, ABC adquirirá el 90% del capital social de Hidro Power y XYZ el 10% restante.

-Cuestiones planteadas

1. Posibilidad de ABC de adquirir las participaciones siendo una sociedad extranjera, requisitos y formalismos establecidos.
2. Poderes especiales y sus formalismos.
3. Formalismos extra para la adquisición.
4. Pactos parasociales.
5. Inscripción de los pactos parasociales.
6. Cláusula de manifestaciones y garantías.
7. Operaciones vinculadas.
8. Modificación de estatutos y revocación de poderes.
9. Refinanciación de deuda.
10. Sustitución de contrato de operaciones y mantenimientos en entidades declaradas críticas.

3 PUEDE ABC ADQUIRIR PARTICIPACIONES DE UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y EN SU CASO ¿QUE REQUISITOS FORMALISMOS DEBERA CUMPLIR? EN RELACION A LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACION DEL TERRORISMO ¿QUÉ FORMALIDADES DEBERÁN CUMPLIR ABC, XYZ Y HP?¹

- **Concepto de inversión extranjera y requisitos de ABC para la adquisición de participaciones de una empresa española.**

Según lo enunciado, ABC, es una entidad con domicilio social en Luxemburgo, así mismo se debe exponer que Global, entidad que ostenta todas las participaciones de ABC, tiene su domicilio social en las Islas Vírgenes, a su vez Global, se encuentra participada íntegramente, por Trust, un fideicomiso con domicilio social en las Bermudas, que se encuentra sujeto a derecho anglosajón.

Por lo anteriormente expuesto entendemos que al ser sociedades extranjeras le puede aplicar el reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, *REGLAMENTO (UE) 2019/452 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 19 DE MARZO DE 2019*. Que define en su artículo 2 que es la inversión extranjera directa y que es inversión extranjera:

“inversión extranjera directa»: una inversión de cualquier tipo por parte de un inversor extranjero con el objetivo de crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y el empresario o la empresa a los que se destinen los fondos para el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro, incluidas las inversiones que permitan una participación efectiva en la gestión o el control de una empresa que ejerce una actividad económica.

“COVID-19: El régimen de suspensión de inversiones extranjeras directas en España vuelve a ser modificado”

“David Miranda Riera: “El COVID-19 y el nuevo régimen de inversiones extranjeras en España”

“La CNMC aprueba las resoluciones de los operadores principales y dominantes en el sector energético”

inversor extranjero: una persona física de un tercer país o empresa de un tercer país, que desee realizar o haya realizado una inversión extranjera directa"

No obstante, si atendemos a literalidad de la norma, la inversión que trata de realizar ABC, no se puede considerar, como inversión extranjera directa, al ser ABC una sociedad luxemburguesa.

Pero, según lo dispuesto en la disposición cuarta del Real Decreto Ley 8/2020 que modifica el artículo 7 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, e introduce el artículo 7 bis que dice así

" A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas inversiones como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española. [...] Que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor."

Si atendemos a la titularidad real del ABC, podemos observar que es Global el único accionista, lo que supone que este ejerza un control directo sobre ABC, entendiéndose que el verdadero inversor sí que es una sociedad extranjera.

También debemos recordar que HP, se trata de una entidad que controla el 25% de las centrales hidráulicas de España, siendo considerada por la Ley 8/2011 como una infraestructura crítica.

Así pues, es importante señalar lo establecido en la disposición cuarta del Real Decreto Ley 8/2020 que 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 y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en su artículo 7 bis apartado segundo.

"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."

A raíz de lo anteriormente expuesto, se establece una modificación adicional con el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación.

"El régimen de suspensión de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España regulado en los apartados 2 y 5 del artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, se aplicará hasta el 31 de diciembre de 2022, a las inversiones

extranjerías directas sobre empresas cotizadas en España, o sobre empresas no cotizadas si el valor de la inversión supera los 500 millones de euros"

Por lo tanto, para que aplique esta restricción debe superarse los 500 millones de inversión en la operación, no conocemos el valor de la inversión total, pero según los datos presentados, esta inversión va a superar esos 500 millones.

Así mismo y según de lo que se emana del reglamento 2019/452 en su artículo 4, sobre la limitación de inversión extranjera a infraestructuras críticas entendemos que este tipo de inversión sí que está sujeta a una autorización al ser HP una infraestructura crítica que afecta al orden público, se debe garantizar que el comprador no ejerza actividades delictivas, por lo tanto, sí que está sujeto a una autorización.

-Formalismos y requisitos a cumplimentar, por HP, ABC y XYZ.

1. Requisitos de XYZ

XYZ, debe plantear, ante HP, una oferta de compraventa de sus participaciones.

Como XYZ, es una sociedad española, debe aprobar mediante junta general la adquisición de las participaciones, en virtud de lo establecido en el *artículo 160.f de la Ley de sociedades de Capital*.

2. Requisitos de ABC

Entendemos por la anteriormente expuesto, que ABC, necesita obtener una autorización para poder realizar la inversión. Así mismo, deben presentar la oferta de adquisición ante los socios de HP.

3. Requisitos de HP

HP, se trata de una Sociedad Limitada española, regulada bajo lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital, por lo tanto, si en los estatutos no hay estipulaciones se debe regir por lo dispuesto en el *artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital*:

"A falta de regulación estatutaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos se regirá por las siguientes reglas:

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. No será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la junta general donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social. Cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la junta general podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir, conforme a lo establecido en el artículo 140.

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. Si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.*

En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.

En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, se entenderá por valor real de las participaciones el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el registrador mercantil.

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 lo tanto, los socios deben comunicar esta decisión de venta a los administradores, indicando los detalles que se observan en el citado artículo.

Así mismo, la transmisión ha de contar en un documento público, y la sociedad dispone de un mes para inscribir dicho documento en el registro mercantil.

-Formalidades relativas a la inversión de entidades extranjeras provenientes de un paraíso fiscal y al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

La ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, regula en el ordenamiento jurídico español, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, así mismo establece en su artículo 2, quienes son los sujetos obligados donde destacan entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, pero ni ABC, ni HP, ni ABC, se encuentra dentro de los supuestos de sujeto obligado, por lo tanto esta ley no es de aplicación en el presente supuesto.

Es importante analizar la exigencia del Real Decreto 664/1999, este establece una serie de obligaciones que deben cumplirse en caso de realizar una operación de compraventa de acciones que tenga como destino un país que se entiende como paraíso fiscal. En concreto, se exige que se informe a la autoridad fiscal sobre la operación y se presente un informe justificativo en el que se expliquen las razones de la elección de dicho destino y se aporten pruebas de que el negocio es real y no se trata de una mera simulación.

Además, en el caso de que la operación tenga lugar entre sociedades residentes en paraíso fiscales, se exige que se acredite que el precio de la transacción es el mismo que se hubiera pactado entre sociedades residentes en territorio español o en otro país de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

En este sentido también es necesario señalar, que lo estipulado en la Ley 19/2003, en donde se recogen las obligaciones de información, sobre negocios llevados con personas físicas o jurídicas no residentes en España.

Por tanto, aunque no se consideren sujetos a la ley de blanqueo de capitales si que por el tipo de operación de riego, es necesario que se comuniquen con Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC)

-Requisitos relativos a la inversión de entidades proveniente de paraíso fiscal.

Así mismo debemos tener en cuenta lo expuesto en el *Real Decreto 664/1999*, en su artículo 4:

“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. [...] 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”

En la orden del 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las inversiones extranjeras y como se deben presentar los documentos correspondientes establece lo siguiente.

“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 y de su liquidación y para la presentación de las Memorias anuales relativas al desarrollo de la inversión al Registro de Inversiones, son los siguientes:

- A1: «Declaración de inversión extranjera en valores negociables. Resumen mensual o anual».*
- A2: «Declaración de inversión extranjera en valores negociables. Relación de operaciones mensuales o depósitos anuales».*
- DP-1: «Declaración previa de inversión extranjera procedente de paraísos fiscales en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».*
- DP-2: «Declaración previa de inversión extranjera procedente de paraísos fiscales en bienes inmuebles».*
- D-1A: «Declaración de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».*
- D-1B: «Declaración de liquidación de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».*
- D-2A: «Declaración de inversión extranjera en bienes inmuebles».*
- D-2B: «Declaración de liquidación de inversión extranjera en bienes inmuebles».*
- D-4: «Memoria anual relativa al desarrollo de la inversión en sociedades españolas con participación extranjera en su capital y sucursales».* “

Por tanto, en primer lugar, se debe declarar previamente, la intención de realizar la inversión, esta autorización debe ser concedida, por el ministerio en un plazo de 6 meses, en el caso de que esto no ocurra podemos entender que se ha denegado la autorización y por tanto no se puede realizar la compraventa. Si es concedida dicha autorización habrá que prestar los anteriores documentos.

4 A LOS EFECTOS DE PODER COMPARECER ANTE NOTARIO EN ESPAÑA PARA OTORGAR LA COMPRAVENTA AMBOS SOCIOS HAN OTORGADO UN PODER ESPECIAL EN SUS RESPECTIVOS DOMICILIOS ¿QUÉ FORMALIDADES DEBERÁN CUMPLIR DICHS PODERES PARA SER ADMITIDOS POR EL NOTARIO AUTORIZANTE DE LA OPERACIÓN²?

- En que consiste un poder especial.

Un poder especial es un documento legal que otorga a una persona (llamada el apoderado) la facultad para actuar en nombre de otra persona (llamada el

² «La DGRN no admite la inscripción de escrituras de transmisión de inmuebles ante Notario Extranjero. | Notarios y Registradores».

poderdante) en una transacción o negocio específico. El poder especial puede ser general o especial, dependiendo del alcance de las responsabilidades y facultades otorgadas al apoderado. Un poder especial está limitado normalmente a una transacción o negocio específico.

La definición de poder consiste en: documento, que adopta forma de escritura pública, en virtud del cual una persona concede facultades a otra persona, para celebrar un acto.

Un poder especial debe contar con:

1. Lugar y fecha en la que es otorgado.
2. Identificar a la persona que otorga el poder.
3. Tipo de poder que se concede y para el que se otorga el poder.
4. Identificar a la persona que recibe el poder.

Para que los poderes especiales sean admitidos ante notario, deben elevarse a escritura pública.

- **Requisitos y formalidades**

En la situación que nos atañe los poderes presentados por la sociedad XYZ, no deben presentar en teoría ningún tipo de complicación ya que son poderes que han sido otorgados ante notario español.

Mientras que los poderes de la sociedad ABC sí que pueden entrañar alguna dificultad extra, ya que son poderes que han sido otorgados ante un notario extranjero al tener esta sociedad el domicilio fiscal en Luxemburgo.

La DGRN se pronuncia sobre la inscripción de las escrituras extranjeras como documento principal es decir que un documento público extranjero de compraventa de inmueble que se sitúa en España tenga el mismo efecto que un documento público español:

Un documento extranjero, no será equivalente a la escritura de compraventa exigida por el Derecho español para la inscripción en el Registro, si el notario extranjero no puede realizar los mismos controles que el notario español, esto se antoja complicado, ya que el funcionario extranjero no conoce la norma española, ni que se solicita para controlar la legalidad.

Así pues, es importante analizar la doctrina que se emana de: *“Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Mijas n.º 3 a inscribir una escritura de compraventa.*

En la que la Dirección General de los Registros y del Notariado, deniega la inscripción de una escritura de compraventa, en la que un apoderado, con un poder que le fue concedido por un notario, realiza la compra de un inmueble según lo establecido por el interesado. Se presenta dicho poder ante un notario español el cual, emite juicio favorable de suficiencia, en principio lo que otorga validez para realizar la compraventa, pero una se presenta al registro, el registrador rechaza el juicio de equivalencia ya que considera que los poderes otorgados en Suecia no son válidos, por la función que ejercen allí los notarios, al no realizar unas funciones similares a los notarios españoles, no permitiendo la inscripción.

- **Equivalencia de documentos**

En la resolución que nos encontramos exponiendo, se define en que consiste la equivalencia entre el documento extranjero y el español:

1º Equivalencia de efectos: Son equivalentes a los documentos españoles, aquellos que produzcan los mismos efectos a la legislación española en el país de origen. Por lo tanto, los poderes concedidos en Suecia ante notario deben permitir vender la propiedad de su poderdante, deben cumplir efectos similares y equivalentes que confieren los poderes en España.

2º Equivalencia funcional: El documento que es otorgado en Suecia debe, cumplir los efectos equivalentes a los que conferiría dicho documento en España.

3º Equivalencia de origen: Los documentos públicos españoles son equivalentes, a los que en el extranjero haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el estado, y con la habilitación correspondiente. Por lo que los documentos deben ser expedidos por personas que tengan función pública.

4º Equivalencia formal: El documento sueco tendrá la misma equivalencia, si el que otorga la autorización, garantiza la identidad del que otorga el poder y su capacidad para realizar ese tipo de actos jurídicos. Por lo tanto, aquí se entra a valorar si es necesario plasmar en el documento la identidad del otorgante, ya que se sobre entiende que el notario si realiza una identificación correcta. En España si se solicita que esta información se encuentre plasmada en el documento, por lo tanto, sí que podemos encontrar una discordancia, al no cumplir con todas las exigencias del Derecho Español.

Por ello, entendemos que son equivalentes a los documentos españoles, aquellos documentos extranjeros donde un titular de función pública intervenga, el cual cumple unas funciones similares, a las que cumpliría el titular de esta en España, pudiendo identificar al otorgante, y su capacidad para realizar el dicho negocio jurídico, y que esto produzca los mismos efectos en su país. En este sentido resulta complicado, entender la manera de aplicar la equivalencia funcional de documentos extranjeros, ya que el notario sueco sí que ejerce unas funciones análogas a las de los notarios españoles.

Así mismo es importante señalar: *Resolución de 14 de septiembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mazarrón, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca.*

En la que se deniega la inscripción por no poder cumplir los requisitos de equivalencia anteriormente expuestos, ya que según entiende el registrador de la propiedad, el notario del país extranjero no cumplía funciones análogas al notario español, por lo tanto, no emite juicio de capacidad de los comparecientes. Se entiende pues que un documento en el que solo legitime la firma del poder no es suficiente en España.

- **Conclusión**

Por tanto, en virtud de la legislación vigente y de las resoluciones analizadas, los poderes expedidos ante notarios extranjeros son igualmente validos que el un notario español si cuenta con la Apostilla de la Haya, para ello el país debe ser firmante del Convenio de la Haya, y cumple con las equivalencias anteriormente expuestas. Al ser Luxemburgo país firmante del convenio de la Haya, debe seguir el trámite de apostilla y asegurarse que el documento que se aporta es equivalente, en forma, efecto, función y origen para

que el notario pueda realizar el juicio de equivalencia y el registrador acepte dicho documento y permita la inscripción.

5 ¿EXISTE ALGUNA FORMALIDAD ADICIONAL QUE DEBAMOS TENER EN CUENTA A LA HORA DE ESTRUCTURAR LA ADQUISICIÓN O ALGUNA ACCIÓN A COMPLETAR CON CARÁCTER PREVIO O SIMULTÁNEO A LA EJECUCIÓN DE LA COMPRAVENTA?

- Normativa aplicable

Hidro Power S.L pertenece al sector eléctrico ya que cuenta con numerosas centrales hidráulicas en España, este sector se encuentra regulado por regulado en la ley 24/2013 de 26 de diciembre y así mismo al tratarse de una infraestructura crítica cuenta con medidas especiales para su protección según lo establecido en la Ley 8/2011 de 28:

“Se consideran operadores críticos las entidades responsables del funcionamiento diario de una infraestructura crítica” Por lo tanto sí que pueden encontrarse formalidades extra para adquirir este tipo de entidad.”

Según lo establecido en el artículo 64 de la Ley 24/2013 se considera infracción muy grave lo siguiente:

“La falta de comunicación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo o el incumplimiento de las condiciones u obligaciones establecidas, en el supuesto de la toma de participaciones en sociedades, en los términos previstos en la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

A colación de lo anterior según lo dispuesto en la disposición adicional novena de la Ley 3/2013:

“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”. “[...] Igualmente deberá comunicarse a la Secretaría de Estado de Energía la adquisición de participaciones en un porcentaje de su capital social que conceda una influencia significativa en su gestión, en las sociedades que, directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, realicen actividades incluidas en el apartado 1 o sean titulares de los activos señalados. De la misma forma, deberá comunicarse la adquisición directa de los activos mencionados en la letra d) del apartado 1.”

Por consiguiente, es necesario según lo establecido por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, conozca de las participaciones de las entidades que operan en mercados energéticos y así mismo se debe comunicar a la secretaria de Estado de Energía, la adquisición de significativa que suponga, una influencia significativa en su gestión.

- Régimen especial debido a la normativa COVID.

Así mismo debemos atender a la situación actual y a lo establecido en 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, la cual modifica la Ley 19/2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior:

“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,

[...] Asimismo, queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en los siguientes supuestos

[...] Si el inversor extranjero ha realizado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el apartado 2 de este artículo

[...] La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de esta Ley: Los actos, negocios, transacciones y operaciones afectados por las medidas previstas [...] podrán realizarse, si así se dispone expresamente, mediante la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa y en las condiciones que ésta establezca. Dicha autorización se otorgará por los órganos y a través del procedimiento que se disponga reglamentariamente.

[...] Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley.”

En virtud de lo expuesto anteriormente, esta inversión debe superar los 500 millones, como es el caso.

- Conclusiones

Finalmente, se recomienda que previa a la transmisión de las participaciones, HP, comunique dicha intención y valore si ABC, puede ser operador, de una infraestructura crítica. Ya que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo puede entender como un riesgo dicha operación. Así debido a la situación actual, se debe solicitar una autorización administrativa a la entidad correspondiente, en este caso Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

6 ¿DEBERÍAN VALORAR ABC Y XYZ LA POSIBILIDAD DE SUSCRIBIR UN PACTO DE SOCIOS Y, EN SUCASO, QUÉ ACUERDOS DEBERÍA RECOGER EN DICHO PACTO TENIENDO EN CUANTA LA DISTRIBUCIÓN 90/10 DEL CAPITAL (ASESORAMOS A AMBAS ENTIDADES, ¿CON LO QUE NUESTRAS RECOMENDACIONES DEBERÍAN SER EQUILIBRADAS)?³

- Concepto de pacto parasocial.

³ Francisco Redondo Trigo: “Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”

Francisco Mariño Pardo: “Los pactos parasociales, su eficacia entre los socios y para la sociedad y la impugnación de acuerdos sociales: la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022”

Borja Radavonic: “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)”

Miguel Angel Cepero Aranguez: Inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales omnilaterales

En las llamadas Sociedades de Capital, se permite que exista una regulación interna de dos maneras, la primera es mediante un pacto parasocial y la segunda mediante estatutos sociales.

Se entiende por pacto parasocial acuerdo, en el que varios o todos los socios pactan para modificar sus relaciones internas. Es decir, los pactos parasociales son acuerdos entre los socios para completar, las reglas que rigen la relación que existe al constituir una sociedad, por tanto, los socios pueden regular sus relaciones sin quedar sometidos a las normas del derecho societario. Todo aquello que no aparezca recogido en los estatutos de una sociedad, y que los socios quieran regular, aunque parece una forma de eludir la normativa, en realidad este tipo de pacto suele configurarse para facetas relativas a la sociedad, y su gestión.

Podemos encontrar dos tipos de acuerdos: Los pactos onnilaterales entre todos los socios o los pactos unilaterales en los que solo pactan una parte de los socios.

La principal característica de este tipo de pactos es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica, cosa que, si ocurre con los estatutos de la sociedad, sino que se quedan en el ámbito de relaciones obligatorias entre quienes lo suscriben. Es decir, este tipo de acuerdo pertenece al ámbito privado de las partes firmantes y no son oponibles.

La naturaleza de este tipo de pactos surge según lo establecido en el *artículo 1255 del Código Civil*:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público” sobre la autonomía de la voluntad y el artículo 28 de la LSC para la escritura y la inclusión: “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”

Así podemos entender que este tipo de pactos tienen carácter autónomo y accesorio, ya que complementan los estatutos sociales.

Este tipo de pacto surge a raíz de la dificultad de modificar los estatutos, siendo en determinados casos necesario que se actúe de manera rápida para hacer frente a contingencias o necesidades que puedan surgir.

Es importante recalcar de nuevo que este tipo de acuerdos no tiene eficacia erga omnes, es decir, estos pactos quedan supeditados a la organización y no a las personas jurídicas. Es por esto por lo que se establecen ciertos mecanismos de enforcement para proteger los pactos parasociales, como, por ejemplo, la creación de una cláusula estatutaria que obligue a los nuevos socios a firmar dicho acuerdo, para que estos no puedan alegar su desconocimiento e incumplirlo.

Según *Candido Paz-Ares* en su artículo: *“El enforcement de los pactos parasociales”* existen tres grandes categorías de pactos parasociales:

1º Pactos de relación: En este tipo de pactos, los socios tratan de regular sus propias relaciones sin que la entidad intervenga. Como ejemplo a este tipo de pactos podemos encontrar los derechos de adquisición preferente, obligaciones de no incrementar el capital de la sociedad por encima de determinado porcentaje. Este tipo de acuerdos no tiene incidencia sobre la sociedad.

2º Pactos de atribución: Aquellos que se estipulan para concederle a la sociedad una serie de privilegios. Como ejemplo a este tipo de pactos podemos encontrar una abstención a competir con la sociedad, por ejemplo. En este caso este tipo de pacto sí que tiene efectos para la sociedad.

3º Pactos de organización: Es el tipo de pacto más conflictivo, ya que configuran la organización dentro de la sociedad, su funcionamiento y como se toman las decisiones. Como ejemplo a este tipo de pactos encontramos, pactos sobre la información que debe proporcionarse a los socios.⁴

- **Qué acuerdos deberían recoger en dichos pactos**

1º Acuerdos de gestión de la sociedad.

Establecer quien se encargará de la gestión de la sociedad. Debido a la experiencia que tiene XYZ, se recomienda que se le encargue a dicha entidad la gestión diaria de la sociedad.

2º Acuerdos sobre los órganos de administración y el nombramiento de los administradores.

En primer lugar, se debe regular, la forma que adoptara el órgano de administración, en las sociedades limitadas, el órgano de administración puede ser de diferentes maneras, 1º Administrador único 2º Varios administradores que actuaran solidariamente. 3º Administradores que actuaran mancomunadamente. 4º Consejo de administración.

Por lo tanto, el acuerdo, debe determinar también la composición, número de miembros, plazo de duración de estos cargos, y la política retributiva de estos cargos determinados es decir si son gratuitas u onerosas las funciones.

Así mismo, es interesante, el sistema que van a utilizar los socios para nombrar los administradores y las reglas que van a utilizar.

En este caso se pretende nombrar un Consejo de administración, compuesto por tres miembros, dos pertenecientes a ABC, y uno a XYZ.

3º Acuerdos sobre mayorías, quórums, es decir cómo se adoptarán los acuerdos.

Es necesario, regular la forma y mayorías necesarias por las que se adoptan los acuerdos en el consejo, en el que se pueden establecer, mayorías reforzadas, unanimidad y demás acuerdos. En la situación en la que nos encontramos, no resulta interesante para XYZ, pactar la unanimidad, ya que se encuentra en clara inferioridad, por lo que se puede plantear que se firmen los acuerdos con un porcentaje de voto, diferente o incluso pactar el derecho de veto. Pactando así los acuerdos que pueden encontrarse bajo estos porcentajes o con derecho a veto.

4º Acuerdo de prevalencia del pacto parasocial.

Este tipo de acuerdo sirve para establecer que en caso de una contradicción entre los estatutos sociales y los pactos parasociales, el pacto prevalecerá frente a los estatutos. Por tanto, se debe tratar de que este tipo de contradicciones no ocurran. La utilidad de este tipo de pactos surge para evitar confrontaciones entre lo establecido en los estatutos, y lo establecido en los pactos parasociales.

⁴ Paz-Ares, «EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES».

5° Acuerdos relativos a la no competencia y confidencialidad.

Este tipo de acuerdos se estipulan para que las partes, renuncian por un determinado periodo el ejercicio de una actividad, el Estatuto de los Trabajadores establece una duración máxima de dos años para los técnicos y seis meses para el resto. Lo que se trata de proteger es que en el caso de que el trabajador abandone la compañía, este no pueda ejercer una actividad similar durante un tiempo, con los conocimientos que ha adquirido por el trabajo que ha desempeñado. En este caso es recomendable firmar este tipo de acuerdo para ambas sociedades, para evitar la competencia desleal. Pactar este tipo de cláusulas para proteger los intereses y secretos empresariales de ambas partes. Es decir que socios o trabajadores no revelen secretos empresariales relativos a la compañía.

6° Acuerdos sobre el derecho de arrastre.

Este tipo de pacto trata de proteger, a los socios mayoritarios, y sus intereses. Es tipo de acuerdo permite exigir a los accionistas minoritarios, la venta de su participación en el caso que los compradores, tengan la finalidad de adquirir toda la sociedad. Este acuerdo también asegura que los socios minoritarios obtengan las mismas condiciones que los socios mayoritarios en la venta de estas participaciones. Esto evita que los socios minoritarios puedan dificultar la venta de la sociedad. En este caso es interesante establecer este tipo de acuerdos para que los socios minoritarios XYZ, no impidan la venta de las participaciones, lo más común suele consistir en establecer un derecho preferente de adquisición de acciones.

7° Acuerdos sobre el derecho de acompañamiento

Este tipo de pacto trata de proteger a los socios minoritarios, y sus intereses. Este acuerdo asegura, que los socios minoritarios puedan vender sus participaciones, cuando un socio mayoritario venda sus participaciones, las condiciones de venta del socio minoritario son las mismas que las del socio mayoritario. Por tanto, es interesante para XYZ, que se establezca este tipo de pacto, para que vender sus participaciones con las mismas condiciones que ABC.

8° Acuerdos para evitar el LOCKUP (compromiso de permanencia).

Este tipo de acuerdo trata de evitar la transmisión de participaciones por un determinado tiempo, incluye la transmisión parcial o la transmisión total. Suele establecerse un periodo de 3 a 5 años. Es recomendable establecer una penalización en caso de incumplimiento. En este caso por el tipo de sociedad que es HP, y por el sector en el que opera es interesante que se establezca un periodo que limite la transmisión de sus participaciones para evitar tener que pasar por el proceso anteriormente mencionado de autorizaciones y cumplimientos normativos.

9° Acuerdo para evitar los Deadlock

Este tipo de acuerdos se suele utilizar para evitar, bloqueos en la sociedad, por conflicto de intereses de los socios, una buena solución puede consistir en establecer un mediador o un arbitraje. En este sentido es interesante establecer este tipo de acuerdo, para garantizar que no haya bloqueos en la sociedad, al haber un accionista mayoritario y otro minoritario.

-Conclusiones.

Tras lo expuesto, entendemos que, altamente recomendable establecer, pactos para sociales entre ABC y XYZ. Ya que queda demostrado que es un tipo de acuerdo útil para los socios, regulando correctamente su funcionamiento y garantizando determinadas situaciones.

7 EN CASO DE HABER RESPONDIDO AFIRMATIVAMENTE A LA RESPUESTA ANTERIOR. ¿ES RECOMENDABLE QUE TRASLADEN A LOS ESTATUTOS SOCIALES LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN DICHO PACTO DE SOCIOS Y POR QUÉ? ¿COMO DEBERÍAN, EN SU CASO, ¿ESTRUCTURAR EL DERECHO QUE CADA UNO TIENE A NOMBRAR DETERMINADOS ADMINISTRADORES PARA QUE EL MISMO PUEDA ACCEDER AL REGISTRO?

Los pactos parasociales son acuerdos privados que celebran los socios de una empresa entre sí o con terceros, y que tienen como objetivo regular la relación entre ellos y la gestión de la empresa.

En algunos casos, es recomendable trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales de la empresa. **Las ventajas** que podemos encontrar:

1º Mayor seguridad jurídica: Trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales puede proporcionar mayor seguridad jurídica a los socios y a terceros, ya que estos acuerdos pasarán a formar parte de la regulación de la empresa.

2º Mayor facilidad de cumplimiento: Trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales puede facilitar el cumplimiento de estos
Aquí tienes algunas otras ventajas de trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales:

3º Mayor estabilidad: Al trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales, estos acuerdos pasarán a formar parte de la regulación de la empresa y, por tanto, serán más estables y menos sujetos a cambios.

4º Mayor agilidad en la toma de decisiones: Al trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales, se podrán tomar decisiones más rápidamente, ya que no será necesario consultar constantemente con los socios para verificar qué disposiciones están establecidas en los pactos parasociales.

5º Mayor eficiencia en la gestión: Al trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales, se podrá gestionar la empresa de manera más eficiente, ya que se podrán tomar decisiones de manera más rápida y se podrán llevar a cabo operaciones de manera más ágil.

6º Mayor facilidad de cambio: Al trasladar los pactos parasociales a los estatutos sociales, se podrán modificar o eliminar estos acuerdos de manera más fácil, ya que no será necesario contar con el acuerdo de todos los socios.

- **Jurisprudencia relativa**

Así es importante valor la posibilidad de impugnar acuerdos sociales, por el incumplimiento de pactos parasociales

Los acuerdos sociales son decisiones adoptadas por la junta general de socios de una sociedad que tienen un carácter vinculante para los socios. Los pactos de socios omnilaterales son acuerdos privados que celebran entre sí los socios de una sociedad y que tienen como objetivo regular la relación entre ellos y la gestión de la empresa.

En el contexto del Derecho español, los acuerdos sociales pueden ser impugnados por incumplimiento de los pactos de socios omnilaterales siempre que se demuestre que dichos acuerdos han sido adoptados en violación de dichos pactos. Es decir, debe haber una coincidencia subjetiva, que rompe el principio de la relatividad de los contratos en virtud del *artículo 1257 del Código Civil*, esto se debe explicar en el sentido que, aunque estos pactos no pueden afectar a todos, sí que afectan a los firmantes, en este caso los firmantes son los mismos que crearon la sociedad, por tanto la inoponibilidad frente a terceros pierde su razón de ser.

Para poder impugnar un acuerdo social por incumplimiento de los pactos de socios omnilaterales, es necesario acudir a los tribunales y presentar una demanda de impugnación. En dicha demanda, el demandante debe probar que el acuerdo social impugnado ha sido adoptado en contraposición de los pactos de socios omnilaterales y que dicho incumplimiento ha causado un perjuicio a sus intereses.

La jurisprudencia ha adoptado un planteamiento más flexible respecto a la oponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad. Según esta posición, en general los pactos no son oponibles a la sociedad, pero existen dos excepciones: cuando se trata de pactos omnilaterales suscritos por todos los socios y en casos de abuso de derecho. La *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 120/2020 de 20 de febrero* desarrolla y confirma esta doctrina, estableciendo con claridad la regla general de inoponibilidad y las excepciones mencionadas, además de remarcar el carácter restrictivo de dichas excepciones y la importancia de valorar las circunstancias concretas de cada caso.⁵

- **Como establecer los derechos a voto.**

Los derechos para nombrar administradores de una sociedad pueden estructurarse de diversas maneras, dependiendo del tipo de sociedad y de la voluntad de los socios. A continuación, se exponen algunas posibles formas de estructurar estos derechos:

- Por voto directo: Los socios pueden tener derecho a votar directamente para elegir a los administradores. En este caso, cada socio puede tener un número de votos proporcional a su participación en la sociedad.
- Por voto indirecto: Los socios pueden tener derecho a elegir a un órgano colegiado, como un consejo de administración, que a su vez tenga derecho a elegir a los administradores. En este caso, cada socio puede tener un número de votos proporcional a su participación en la sociedad.
- Por acuerdo entre los socios: Los socios pueden acordar entre sí quiénes serán los administradores de la sociedad. En este caso, no es necesario contar con un sistema de votación.
- Por acuerdo con terceros: Los socios pueden acordar con terceros, como una entidad financiera o un inversor, quiénes serán los administradores de la sociedad. En este caso, los socios podrían renunciar parcial o totalmente a su derecho a elegir a los administradores.

En resumen, el derecho para nombrar administradores pueden estructurarse de diversas maneras, dependiendo de la voluntad de los socios y de las circunstancias de cada sociedad. Lo importante es que se establezcan de manera clara y transparente y que se respeten los derechos de los socios.

⁵ Salinas, «Los pactos de socios y la tendencia de los tribunales | Giménez Salinas®».

8 DURANTE LA FASE DE AUDITORÍA LEGAL Y FISCAL DE HP, EL ASESOR FISCAL A IDENTIFICADO UNA CONTINGENCIA FISCAL RELEVANTE POR IVA. DURANTE LAS NEGOCIACIONES DEL CONTRATO, EL ASESOR IESA HA PROPUESTO CUBRIRLO VÍA “MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS”. ¿EN QUÉ CONSISTE A GRANDES RASGOS LA COBERTURA QUE NOS OFRECEN? ¿FUNCIONARÍA EN ESTE CASO PARA PROTEGER LOS INTERESES DE LOS SOCIOS TENIENDO EN CUENTA QUE EISA NO DISPONE DE MÁS ACTIVOS EN BALANCE APARTE DE HP? ¿QUÉ ALTERNATIVAS PODRÍAN PROPONERSE?⁶

- Definición de la cobertura de manifestaciones y garantías

La cobertura de manifestaciones y garantías se refiere a la protección que ofrece un contrato o acuerdo a una de las partes (generalmente el comprador) contra posibles incumplimientos o violaciones por parte de la otra parte (generalmente el vendedor). Esta protección puede incluir la obligación del vendedor de hacer declaraciones o asegurar ciertas cosas sobre el bien o servicio que está vendiendo, así como la obligación de cumplir con ciertos términos y condiciones del contrato. Se trata de una figura que surge en un contrato de adquisición entre empresas, para referirse a elementos que se están configurando en la compraventa, futuros o presentes.

Las manifestaciones son declaraciones o afirmaciones que hace el vendedor sobre el bien o servicio que está vendiendo. Por ejemplo, el vendedor podría hacer manifestaciones sobre las características del bien, su calidad o su funcionamiento. Si el vendedor hace manifestaciones que resultan ser falsas o engañosas, el comprador podría tener derecho a una indemnización por los daños sufridos como resultado.

Las garantías son promesas o aseguranzas que hace el vendedor sobre el bien o servicio que está vendiendo. Por ejemplo, el vendedor podría ofrecer una garantía de que el bien está libre de defectos o de que cumplirá con ciertas especificaciones. Si el vendedor incumple con una garantía, el comprador podría tener derecho a una reparación o reemplazo del bien.

En resumen, la cobertura de manifestaciones y garantías es una protección que ofrece un contrato para asegurar que el bien o servicio cumpla con las expectativas del comprador y que el vendedor cumpla con sus obligaciones. Si el vendedor incumple con sus manifestaciones o garantías, el comprador podría tener derecho a una indemnización o a la reparación o reemplazo del bien.

Esta cláusula permite que en caso de que exista alguna falsedad sobre los hechos que se recogen en el contrato, exista indemnización.

En este sentido hay que señalar que este tipo de cláusula puede ser introducida en cualquier momento de la compraventa y suele ser el vendedor el que adquiere este tipo de obligaciones al ser el que debe garantizar la verdad de los hechos relativos a la compraventa.

Jesus Alfaro: "Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias"

Segismundo Álvarez: "Fusión apalancada y asistencia financiera: el Art 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales"

Miguel Gimeno Ribes: "La fusión apalancada como operación económico-financiera"

- **Aplicación en el caso.**

Este tipo de cláusulas surge para proteger al comprador, de cualquier contingencia que pueda surgir durante la operación, ya sea por mala fe del vendedor o porque concurren circunstancias que den lugar a esta situación.

Por lo tanto, es de relevancia conocer cuando, se manifestó esta contingencia, ya que esto nos permite determinar si se actúa de mala fe tratando de ocultar la contingencia.

En la situación que nos atañe debemos recordar, que IESA no cuenta con activos más que sus participaciones en HP, por lo tanto, en un supuesto que se quisiese activar esta cláusula no podría hacer frente a las deudas generadas.

Así pues, aunque se recomienda su inclusión no es suficiente que se establezca este tipo de cláusula ya que en el momento de aplicarla no cumpliría su función que es proteger al comprador, por lo que se debe buscar diferentes alternativas.

- **Alternativas planteadas. ⁷**

1º Garantías personales de los socios de IESA.

Se puede plantear durante la compraventa que los socios de IESA, aporten garantías personales por el importe que se entienda que puede devengarse de la falta de pagos del IVA, repercutiendo en caso de que ocurra esta situación en los socios de IESA, para que ellos hagan frente a la deuda.

2º Seguro de cobertura de manifestaciones y garantías.

Este tipo de supuesto cubre las responsabilidades del vendedor en el supuesto que las garantías y manifestaciones previamente explicadas se incumpla.

En este tipo de seguros, si el que toma el seguro es el comprador, se descuenta del importe pactado en la compraventa.

Este tipo de seguro puede configurarse con una de las mejores alternativas para que IESA, pague en caso de incumplimiento. Ya que IESA, se trata de una sociedad sin patrimonio, por lo tanto, los socios no querrán establecer garantías con bienes personales. Este tipo de seguro puede cubrir todas las responsabilidades que se fueron pactas por el vendedor, pero lo más común es que situaciones, en las que haya fraude, blanqueo de capitales.

Por lo tanto, la mayor ventaja, para los compradores es que ya no dependen de la solvencia de los vendedores para hacer frente a las posibles contingencias que puedan surgir.

3º Ajuste al precio de compraventa.

El ajuste al precio de compraventa es un mecanismo que se articula para controlar la diferencia que existe entre la primera valoración que se realiza sobre la entidad

"Las garantías en un contrato de compraventa"

"Rafael Sánchez: Lo perfecto (ajuste de precio 'post-closing') puede ser, en ocasiones, enemigo de lo bueno ('locked box')"

comprada y la información financiera una vez se produce la transmisión del negocio. Es decir, ABC y XYZ, pactarán un ajuste de precio por si durante la operación de adquisición se manifiesta la contingencia.

4º Lock box

Este mecanismo para fijar el precio consiste en que las partes pacten un precio fijo tomando como referencia los estados financieros de la sociedad en una fecha concreta este precio no es susceptible de ajuste tras el cierre de la operación. Por tanto, se podría pactar con HP, un precio sabiendo que existe esta contingencia, pero que no se sabe si se va a manifestar, ajustando el precio a los estados financieros una vez se descubrió dicha contingencia.

5º Deposito (scrow)

XYZ y ABC, pueden establecer un depósito ante un tercero para tener una garantía ante la posible contingencia que surja por el IVA. Se pacta que el depósito será restituido al comprador o al vendedor, si se cumplen una serie de condiciones, la ventaja del depósito es que genera intereses, por tanto, es beneficioso para quien reciba este depósito tanto comprador como vendedor.

6º Retención del precio.

Las partes pactan el pago aplazado del importe, hasta que no se cumplan, ciertas garantías o que se manifieste claramente que la contingencia no va a ocurrir.

- **Conclusiones.**

Por todo lo expuesto, entendemos que es necesario la inclusión de este tipo de clausulado en la compraventa para tener más formas de garantizar que se cubra el daño generado. En este sentido se le plantean seis soluciones posibles, para garantizar que se protejan las contingencias surgidas en la compraventa, aunque se entiende que la opción más beneficiosa es el seguro de manifestaciones y garantías.

9 EN PRINCIPIO ABC Y XYZ DISPONEN DE FONDOS SUFICIENTES PARA ADQUIRIR IESA, PERO DADO QUE ESTA ÚLTIMA TIENE 500 MILLONES DE EUROS DISPONIBLES EN LA CAJA, ESTÁN VALORANDO LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR LA TOTALIDAD O PARTE DE ESOS 500 MILLONES PARA PAGAR EL PRECIO DE COMPRA (HP NO ACEPTA DISTRIBUIR DICHO IMPORTE COMO DIVIDENDO CON CARÁCTER PREVIO A LA COMPRA POR MOTIVOS FISCALES). ¿ES POSIBLE REALIZAR DICHA OPERACIÓN Y QUE LA SOCIEDAD O BIEN PAGUE POR CUENTA DE LOS SOCIOS O BIEN LES FACILITE UN PRÉSTAMO A ESTOS? ¿POR QUÉ? ¿EXISTEN OTRAS ALTERNATIVAS?

- **¿Es posible financiar esta operación con el patrimonio que cuenta hp?**

En virtud de lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital sobre negocios prohibidos en las sociedades de responsabilidad limitado, concretamente en su artículo 143:

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

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

Tras esto podemos entender que nos encontramos ante un supuesto de asistencia financiera, ya que HP, a la liquidez estaría financiando la adquisición de participaciones de ABC y XYZ. En virtud de lo que afirma la doctrina, este tipo de acuerdos son nulos de pleno derecho según lo establecido en el artículo 6.3 del Código Civil.

Entendemos por asistencia financiera cualquier negocio, a través los cuales la sociedad, ayuda a adquirir sus propias participaciones.

Por tanto, se entiende que HP, no puede prestar el dinero a sus socios, para realizar la adquisición de participaciones ABC y de XYZ.

- **Posibilidades para realizar dicha operación y alternativas.**

1º Crear una nueva sociedad y realizar fusión apalancada.

Una fusión apalancada, también conocida como "leveraged buyout" (LBO), es una operación de adquisición de una empresa en la que se utiliza deuda para financiar gran parte del precio de compra. En este caso, la empresa adquirida (HP en este caso) se convierte en garantía del préstamo utilizado para financiar la adquisición.

Una fusión apalancada puede ser una opción para financiar la adquisición de acciones de HP, siempre y cuando la sociedad adquiriente (ABC y XYZ en este caso) tenga la capacidad de generar los flujos de caja suficientes para hacer frente al pago de la deuda contraída. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una fusión apalancada conlleva un mayor riesgo financiero para la sociedad adquiriente, ya que esta debe devolver el préstamo utilizado para financiar la adquisición y, además, tiene que hacer frente a los intereses de la deuda. Por lo tanto, es importante valorar cuidadosamente si una fusión apalancada es una opción viable y si se pueden asumir los riesgos asociados.

Los riesgos asociados relativos a la fusión apalancada son los siguientes:

- **Riesgo financiero:** Al utilizar deuda para financiar gran parte del precio de compra, la sociedad adquiriente se expone a un mayor riesgo financiero. Si la empresa adquirida no genera los flujos de caja suficientes para hacer frente al pago de la deuda y los intereses, la sociedad adquiriente podría tener dificultades para cumplir con sus obligaciones financieras y podría enfrentar problemas para refinanciar la deuda a vencimiento.
- **Riesgo de endeudamiento:** Una fusión apalancada conlleva un mayor endeudamiento de la sociedad adquiriente, lo que puede afectar su capacidad de financiación futura y su calificación crediticia.
- **Riesgo de integración:** La integración de la empresa adquirida con la sociedad adquiriente puede ser un proceso complejo y costoso, y puede haber dificultades para obtener los beneficios esperados de la adquisición.
- **Riesgo de liquidez:** Si la sociedad adquiriente no consigue generar los flujos de caja necesarios para hacer frente a la deuda, podría verse obligada a vender activos para hacer frente a los pagos. Esto podría conllevar una disminución de la liquidez de la sociedad adquiriente y un impacto negativo en su valor de mercado.

2º Préstamo bancario

Se solicita a una entidad de crédito un préstamo para hacer frente a la compra de HP, una vez recibido los fondos de HP, se hace frente al préstamo, y a los intereses devengados.

- Ventajas:

Permite financiar la adquisición de la sociedad sin tener que utilizar tu propio dinero.

Puede permitirte obtener una financiación a un tipo de interés más bajo que el que podrías obtener si solicitaras el préstamo como particulares.

- Desventajas:

Si no cumples con tus obligaciones de pago, el banco podría ejecutar la garantía y tomar posesión de las acciones. Esto podría provocar que pierdas la participación en la sociedad.

Puede aumentar el endeudamiento de la sociedad y reducir su capacidad para obtener financiación en el futuro.

Si la sociedad no cumple con sus obligaciones de pago, el banco podría ejecutar la garantía y tomar posesión de las acciones. Esto podría provocar que pierdas la participación en la sociedad.

10 EN UNIDAD DE ACTO CON LA ADQUISICIÓN, ESTÁ PREVISTO QUE, ENTE OTRAS CUESTIONES, HP TRASLADÉ SU DOMICILIO SOCIAL A MADRID Y SE REVOQUEN LOS ACTUALES PODERES GENERALES VIGENTES, OTORGÁNDOSE UNOS NUEVOS. ¿QUÉ ÓRGANOS SERÁN LOS ENCARGADOS DE LA ADOPCIÓN DE DICHOS ACUERDOS? ¿CÓMO DEBERÁN DOCUMENTARSE LOS MISMOS, QUE FORMALIZADOS DEBERÁN CUMPLIRSE PARA SU PLENA EFICACIA Y QUE PERSONAS, EN SU CASO, ¿DEBEN LLEVARLAS A CABO?

- **Modificación estatutaria para el traslado a Madrid.**

En virtud de lo expuesto en el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, se establece que, en los estatutos de la sociedad, se hará constar el domicilio social de esta. Entonces una modificación del domicilio social se entiende como una modificación estatutaria.

En el capítulo 1 de la Ley de Sociedades de Capital se regula las modificaciones estatutarias, concretamente en su artículo 285.1

“Cualquier modificación de los estatutos será competencia de la junta general”

Aunque encontramos una excepción en su segundo apartado: 285.2:

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

Por tanto, según emana del citado artículo, el órgano de administración es el órgano competente para realizar la esta modificación social.

Para poder realizar una modificación de domicilio, deben acudir a la notaría y que estos validen, la escritura del cambio. El registro mercantil exige para los traslados de domicilio social, que la escritura pública vaya acompañada de una certificación literal de todas las inscripciones de la sociedad, emitidas por el Registro Mercantil de origen. Este cambio de domicilio viene regulado por el *artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil*, que establece los siguientes preceptos:

1º Aprobación del cambio de domicilio social por los administradores y modificación de los estatutos.

2º Firma de la escritura de cambio de domicilio ante notario.

3º Cumplir con el modelo 600 del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentales.

Aunque tras la entrada en vigor del *Real Decreto-Ley 13/2010*, este tipo de operación está exenta.

Para la inscripción en el registro Mercantil correspondiente, deberá aportar una certificación literal de la hoja registral que se expende por el Registro Mercantil de Málaga, que cuenta con todos los asientos de inscripción de la sociedad.

Este tipo de certificados tiene:

1º una vigencia de tres meses desde su expedición,

2º debe reproducir las cuentas anuales depositadas de los últimos cinco ejercicios.

3º Es expedido una vez que se presenta y acredita el traslado del anterior Registro Mercantil.

4º Cuando sea expedido este certificado el Registro Mercantil de Málaga los hará constar en documento y cerrara la hoja de su registro.

Mientras que el Registro Mercantil de Madrid, debe transcribir el contenido de la certificación en la hoja nueva reflejando en una hoja separada el cambio de domicilio. Y comunicar la inscripción al registro de origen. Una vez esto ocurra el cambio de domicilio social será eficaz y valido.

- **Revocación de los poderes otorgados.**

En virtud de lo establecido en el *artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital*, el otorgamiento de poderes generales no se encuentra dentro las competencias establecidas para la junta general. Por lo tanto, es el consejo de administración el que debe realizar este nombramiento y por tanto también cuenta con la facultad de revocar expresa o tácitamente estos poderes. Esta revocación de poderes se debe realizar ante notario, y con los administradores que hayan revocado los poderes.

La revocación expresa aparece regulada en el *artículo 1733 del código civil*, y consiste en manifestar la voluntad del mandante de terminar y revocar esta representación.

Mientras que la revocación tacita, se encuentra regulada por el artículo 1735 del Código Civil, que consiste en otorgar un nuevo poder general a un mandatario, lo que supone que el anterior mandato sea revocado.

Por lo tanto, HP, debe:

1º Adoptar los acuerdos en el consejo de administración.

2º Revocar los poderes.

3º Comunicar al representante la revocación de poderes.

4º Inscribir esta revocación.

Ambos tramites anteriormente expuestos deben ser aprobados por el consejo de administración e inscritos en el Registro Mercantil con las mismas formalidades expuestas en el subapartado anterior.

11 TAN PRONTO ADQUIERAN EL CAPITAL SOCIAL DE HP, LA INTENCIÓN DE ABC Y XYZ (DADA LA EXCELENTE RELACIÓN QUE ABC TIENE CON UN SINDICATO BANCARIO ALEMÁN) ES REFINANCIAR LA COMPAÑÍA Y REPAGAR ANTICIPADAMENTE TODA LA DEUDA EXISTENTE (TANTO LA DEUDA CON BANCOS COMO LA DEUDA CON SOCIOS). ¿SERÍA POSIBLE REALIZAR ESTA OPERACIÓN Y, EN SU CASO, ¿CÓMO?

La refinanciación de la deuda consiste en un nuevo préstamo, con unas condiciones nuevas, garantías nuevas o similares y nuevos plazos. Esto puede surgir por la necesidad de reducir el plazo, intención de cambiar la cuota, o por el cambio de tipo de interés.

En el presente caso, como ABC Y XYZ, quieren refinanciar y repagar la deuda existente, cambiando de entidad, entendemos que estamos ante un supuesto de amortización anticipada, de una financiación bancaria, por la suscripción de un prestamos o crédito bancario de diversas compañías financieras.

La amortización anticipada puede presentar dos tipos: Amortización anticipada parcial, en la que el contrato sigue vigente, pero se devuelve parte del préstamo reduciendo el importe pendiente y sus intereses o Amortización anticipada total, se procede a devolver el capital prestado, junto con los intereses devengados hasta la fecha.

Para poder llevar a cabo esta refinanciación, se deberá realizar una amortización una amortización anticipada total, teniendo que devolver el capital pendiente y los intereses que se devengan. Tras esto ya puede firmar la nueva financiación.

- Riesgos

Refinanciar una deuda mediante la amortización anticipada puede presentar ciertos riesgos:

1º Riesgo de no poder hacer frente a la deuda: Si no puedes hacer frente a la deuda que adquieres al refinanciar la deuda con otro banco, puedes caer en situación de impago. Esto puede tener graves consecuencias para la empresa, como la pérdida de la confianza de los proveedores y la reputación de la empresa.

2º Riesgo de no obtener mejores condiciones: Es posible que el nuevo banco te conceda el préstamo a un tipo de interés más alto o con una comisión de apertura más elevada

que la que tenías con el banco anterior. Es importante que compares las condiciones de los distintos préstamos y que elijas el que mejores condiciones te ofrezca.

3º Riesgo de no poder amortizar la deuda en el plazo establecido: Si no puedes hacer frente a los plazos de amortización establecidos en el contrato de préstamo, puedes incurrir en sanciones y en la pérdida de la confianza del banco.

4º La amortización anticipada de una deuda puede ser considerada un acto perjudicial contra la masa en el contexto de un procedimiento concursal.

La masa es un conjunto de acreedores de la empresa en concurso de acreedores que tienen derecho a participar en la distribución de los fondos obtenidos en la liquidación del concurso. Los acreedores que forman parte de la masa son aquellos a los que se les ha reconocido un derecho a crédito por parte del juez encargado del concurso.

Si una empresa en concurso de acreedores realiza una amortización anticipada de una deuda, esto significa que está cancelando anticipadamente esa deuda antes de que se haya liquidado el concurso. Esto puede tener un impacto negativo en la masa de acreedores, ya que significa que habrá menos recursos disponibles para satisfacer sus créditos.

En este sentido, la amortización anticipada puede ser considerada un acto perjudicial contra la masa si afecta negativamente a la satisfacción de los créditos de los acreedores que forman parte de la masa. En este caso, el juez encargado del concurso puede denegar la solicitud de amortización anticipada o puede autorizarla condicionando la misma a la satisfacción de determinadas obligaciones.

Es importante tener en cuenta que, en el contexto de un procedimiento concursal, la amortización anticipada de una deuda debe ser autorizada por el juez encargado del concurso y debe respetar el orden de preferencia establecido en la ley en cuanto a la satisfacción de los acreedores.

12 DE IGUAL MODO, TRAS LA VENTA ESTÁ PREVISTO QUE HP RESUELVAN EL CONTRATO DE O&M QUE ACTUALMENTE MANTIENE SUSCRITO Y LO SUSTITUYA POR UN NUEVO CONTRATO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO CON UNA SOCIEDAD DEL GRUPO ABC. LAS CONDICIONES DE DICHO CONTRATO SON LIGERAMENTE MÁS ONEROSAS QUE LAS DEL CONTRATO ORIGINALMENTE EN VIGOR, PERO NO LLEGAN A SER CONSIDERADAS FUERA DE MERCADO. ¿ES POSIBLE SUSTITUIR EL O&M Y, EN CASO AFIRMATIVO, ¿QUE ÓRGANO(S) DEBERÍA(N) APROBAR LA SUSCRIPCIÓN DEL NUEVO CONTRATO Y CON QUE REQUISITOS? ¿IDENTIFICAMOS ALGÚN RIESGO EN RELACIÓN A DICHA RESOLUCIÓN?

- **Sustitución del contrato O&M y órgano que deberá encargarse de la adopción.**

No parece existir limitación a la hora de la sustitución, pero en si debemos tener en cuenta los riesgos que podemos observar de esta operación.

Este tipo de decisión debe ser adoptada por el consejo de administración, ya que del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, podemos encontrar las competencias de la junta general, y no encontramos este tipo de operación recogida en dicho artículo. Cabe recordar que el consejo nuevo de administración de HP, esta formado por dos consejeros nombrados por ABC.

El contrato de O&M actual se pretende sustituir por un nuevo contrato con una entidad del grupo ABC, por lo que se podría entender que ABC, pretende realizar este cambio para sus propios beneficios perjudicando así a HP. Entonces sería conveniente que los consejeros de HP designados por ABC se abstuviesen para cumplir con sus deberes y obligaciones. Por tanto, hay que recordar el deber de lealtad de los consejeros en virtud del artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital, junto con esto conviene traer a colación el artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que los consejeros deben abstenerse de votar en situaciones en las que pueden deliberar sobre acuerdos en las que personas vinculadas tenga un conflicto intereses directo. Únicamente entenderíamos que no existiría dicho conflicto de intereses si se mejoran las condiciones para HP.

- **Riesgos**

1º Precios transferencia.

El precio transferencia son los precios pactados entre entidades vinculadas.

Los precios transferencias se aplican en España cuando una sociedad tenga al menos el 25% sobre la otra, son precios pactados entre entidades vinculadas o relacionadas, en este caso ABC supera este porcentaje, por lo que aplica esta regulación.

Por lo tanto, en virtud de lo establecido en la Ley de Impuesto sobre Sociedades (27/2014) y su reglamento de desarrollo concretamente en su artículo 18, las entidades deberán someter este contrato a un precio legalmente establecido y no al pacto entre ellas. Este cálculo se puede realizar mediante los métodos reconocidos por las Directrices sobre Precios Transferencia de la OCDE, por ejemplo: 1º Método libre comparado, que es acordar un precio según el precio de mercado. 2º Método de coste incrementado.

2º La resolución unilateral del contrato.

Operaciones y Proyectos es la entidad encargada de realizar el mantenimiento exclusivo a HP. Por lo que se puede prever, que la rescisión de este acuerdo suponga, el pago de indemnizaciones, e incluso se puede plantear el incumplimiento contractual derivado de la resolución unilateral.

3º Autorización administrativa.

Como anteriormente hemos expuesto al encontrarse HP, inscrita dentro del Sector Eléctrico, el cual es un sector regulado, requiere de una autorización del Ministerio. En esta autorización se recoge el funcionamiento de la actividad y de los proveedores de servicios que cuenta la entidad. Debe garantizar que estos pueden cumplir las tareas necesarias y habituales. Sino esta modificación de los prestadores de servicio puede suponer que se le quite la autorización.

13 BIBLIOGRAFÍA

- **NORMATIVA**

- 1) 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,

- 2) Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas."
- 3) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- 4) La ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
- 5) Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.
- 6) Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.
- 7) Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.
- 8) 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
- 9) 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.
- 10) Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

- **DOCTRINA**

- 1) Francisco Redondo Trigo: *"Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo"*
- 2) Francisco Mariño Pardo: *"Los pactos parasociales, su eficacia entre los socios y para la sociedad y la impugnación de acuerdos sociales: la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022"*
- 3) Borja Radavonic: *"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)"*
- 4) Gonzalo Gutierrez de Pablo: *"Análisis jurídico de los paraísos fiscales y medidas para evitar sus efectos"*
- 5) Miguel Angel Cepero Aranguez: *Inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales omnilaterales*
- 6) *"COVID-19: El régimen de suspensión de inversiones extranjeras directas en España vuelve a ser modificado"*
- 7) David Miranda Riera: *"El COVID-19 y el nuevo régimen de inversiones extranjeras en España"*

- 8) *"Las garantías en un contrato de compraventa"*
- 9) *"Rafael Sánchez: Lo perfecto (ajuste de precio 'post-closing') puede ser, en ocasiones, enemigo de lo bueno ('locked box')"*
- 10) *Jesus Alfaro: "Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias"*
- 11) *Segismundo Álvarez: "Fusión apalancada y asistencia financiera: el Art 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales"*
- 12) *Miguel Gimeno Ribes: "La fusión apalancada como operación económico-financiera"*
- 13) *"La CNMC aprueba las resoluciones de los operadores principales y dominantes en el sector energético"*

- **JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES**

- 1) Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la dirección general de los registros y del notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Mijas n.º 3 a inscribir una escritura de compraventa.
- 2) Sentencia del tribunal supremo núm. 120/2020
- 3) Resolución de 14 de septiembre de 2016, de la dirección general de los registros y del notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de mazarrón, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca.