



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Realizado por:

Isabel Platero de Heredia

Tutora:

Sara Díez Riaza

Madrid

Diciembre 2022

DICTAMEN JURÍDICO

De Isabel Platero de Heredia

Para ABC Capital EU S.A.R.L.; XYZ, S.L.

Asunto Sobre las cuestiones jurídicas planteadas respecto del procedimiento de adquisición de las participaciones de Hidro Power, S.L.

Fecha 21 de diciembre de 2022

Estimado Srs./Sras,

A través del presente dictamen jurídico, emitido a petición de ABC Capital EU S.A.R.L. y de XYZ, S.L., se viene a dar respuesta a las diferentes cuestiones jurídicas planteadas en relación con el procedimiento de adquisición de las participaciones de Hidro Power, S.L.

A este respecto, se han ido analizando las cuestiones legales suscitadas en un orden acorde al correlativo de los hechos. Se ha realizado con base en la información facilitada, ello sin perjuicio de que de la documentación concreta se desprendan matices que, a falta de su aportación, no han podido ser objeto de análisis.

Esperando que el presente dictamen resulte suficiente y completo, quedo a la espera de su respuesta y disponible a efectos de cualquier concreción que debiera esclarecer.

Sin otro particular, se procede a analizar las cuestiones planteadas.

PRIMERO. Sobre los formalismos que ABC debe cumplir, en calidad de sociedad extranjera, para adquirir las participaciones de HP, así como los formalismos en prevención de blanqueo de capitales que operan en la transacción.

En primer lugar, es necesario remarcar el hecho de que ABC Capital EU S.A.R.L. (en adelante, ABC) es una sociedad con domicilio en Luxemburgo. Por ello, se debe analizar si puede legalmente adquirir las participaciones de Hidro Power, S.L. (en adelante, HP) y, en su caso, si queda sujeta a autorizaciones o requisitos adicionales.

En atención al **sujeto** implicado en la operación —ABC—, se considera la adquisición de HP una inversión extranjera directa en España sujeta al Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (en adelante, Reglamento 2019/452). Tiene tal consideración ya que, de conformidad con lo establecido por dicho reglamento y en el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (en adelante, Ley 19/2003), se considera inversión extranjera directa la concurrencia en una inversión de dos circunstancias: (i) el inversor es un residente de la Unión Europea cuya titularidad real pertenece a un no residente, y (ii) mediante la adquisición, el inversor pasa a ostentar una participación igual o superior al 10% del capital social de una sociedad española.

En el caso que nos ocupa concurren ambas circunstancias, puesto que ABC va a ostentar una participación del 90% de HP y, a pesar de estar sita en Luxemburgo, la titularidad real de sus participaciones corresponde a no residentes. Esto último se debe a que ABC está participada al 100% por ABC Global Ltd. (en adelante, “Global”), sita en las Islas Vírgenes Británicas, que está a su vez participada al 100% por ABC Trust (en adelante, “Trust”). Por tanto, el titular real de ABC no es otro que Trust, un fideicomiso sito en Bermudas al ostentar de forma directa o indirecta más del 25% del capital de ABC, tal y como viene definido en el artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante, Ley 10/2010).

Por tanto, no sólo la adquisición de HP será una inversión extranjera directa, sino que además deberá someterse a autorización por la concurrencia de dos circunstancias. En primer lugar, la transacción afecta a uno de los principales sectores estratégicos de España por ostentar HP la titularidad del 25% de las centrales hidráulicas operativas en España y puede, por tanto, entrar dentro de la categorización de suministro de insumos fundamentales, como se detallará más adelante. En segundo lugar, existe un riesgo de que el inversor ejerza actividades delictivas o ilegales, puesto que, como ya se ha detallado, la titularidad real de las participaciones de ABC corresponde a una sociedad sita en Bermudas y, por tanto, podría tener incidencia en materia de blanqueo de capitales.

Por tanto, de conformidad con el artículo 6 y 7.5 de la Ley 19/2003, ABC deberá solicitar la autorización al Consejo de Ministros, previo informe de la Junta de Inversiones Extranjeras. En un plazo de seis meses, el Consejo de Ministros deberá pronunciarse, pudiendo en todo caso estar sometida su decisión al cumplimiento de ciertas condiciones.

Si ABC llevara a cabo la operación sin la correspondiente autorización, no sólo ésta carecería de validez y efectos jurídicos (artículo 7.5 de la Ley 19/2003), sino que también se consideraría una infracción muy grave

conforme al artículo 8.2. b) de la Ley 19/2003, lo que implicaría una multa de “*hasta el tanto del contenido económico de la operación sin que pueda ser inferior a 30.000 euros*”, en atención al artículo 9.2. a) de la Ley 19/2003.

Por otra parte, en atención al **objeto** de la operación, esto es, HP como entidad de capital privado titular de un 25% de las centrales hidráulicas operativas en España, se deben abordar los formalismos sectoriales. Por razón de su actividad y de sus activos, a HP le es de aplicación la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley del Sector Eléctrico). Como se ha precisado, HP podría estar llevando a cabo actividades reguladas por, al menos, generar energía eléctrica y ser titular de centrales hidráulicas.

Además, por ser una operación vinculada al sector de la energía, le es de aplicación 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), que establece que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, el Ministerio) está facultado para intervenir en este tipo de operaciones. Por ello, en primer lugar, hay que comunicar al Ministerio que ABC y XYZ (en adelante, los Socios) van a adquirir activos de HP. Esta notificación debe llevarse a cabo siempre que la adquisición sea significativa. Dado que los Socios van a adquirir el 100% de HP, se trata de un impacto relevante en el desarrollo de las actividades, por lo que debe notificarse al Ministerio en el plazo de 15 días posteriores a la adquisición.

Ahora bien, cabe mencionar que, tras dicha notificación, el Ministerio podrá establecer condiciones para el desarrollo de la actividad de HP si entendiera que, por la naturaleza de la operación, existe una amenaza real contra el suministro energético nacional. Asimismo, como ABC es una entidad domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea, el Ministerio también se encuentra facultado para ejercer actividades de supervisión, pero sin condicionar la adquisición. En cuyo caso el Ministerio tuviera a bien imponer dichas medidas, le sería notificado a HP en un plazo de 30 días, previo informe preceptivo —que no vinculante— de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Por último, cabe destacar que hacer omisión de este deber de información o del cumplimiento de las medidas impuestas por el Ministerio se encuentra tipificado como infracción muy grave, y por tanto es sancionable, de conformidad con el artículo 64 de la Ley del Sector Eléctrico.

Una vez abordadas los formalismos en relación con el sujeto y el objeto de la operación, es necesario ahondar en los requisitos de **forma** necesarios para que la transacción pueda materializarse adecuadamente y la sociedad pueda operar en el tráfico jurídico. En este sentido, el contrato de adquisición de las participaciones de HP debe elevarse a público junto con una serie de documentos, por lo que, para su obtención, será necesario llevar a cabo una serie de actuaciones previas: (i) adopción de acuerdos societarios relativos a la compraventa de las participaciones de HP por parte de los Socios, (ii) otorgamiento de poderes por parte de las sociedades para la ejecución de la operación, (iii) obtención del NIF por parte de ABC, y (iv) obtención del acta de identificación del titular real.

En primer lugar, para poder realizar la compraventa de las participaciones de HP, las tres sociedades implicadas en la transacción deberán, en el seno del órgano competente en cada caso, adoptar los acuerdos necesarios a estos efectos.

Tal y como ya se ha mencionado, ABC en calidad de sociedad extranjera deberá cumplimentar la solicitud de autorización de inversiones extranjeras en España para obtener autorización del Consejo de Ministros, previo informe de la Junta de Inversiones Extranjeras. A este respecto, la falta de pronunciación por parte del Consejo de Ministros se entiende como silencio negativo, esto es, por denegada la autorización. ABC también deberá trasladar a la junta general de HP la oferta de adquisición de las participaciones que pretenda adquirir.

XYZ también deberá presentar dicha oferta, así como adoptar un acuerdo para la adquisición de las participaciones de HP. En este sentido, el órgano competente para adoptar tal acuerdo será el órgano de administración si se trata de un activo implicado en el desarrollo de la actividad de XYZ y, de no serlo, será competencia de la junta general.

HP, como sociedad de responsabilidad limitada, podrá tener modificado su régimen legal de transmisión de participaciones mediante estatutos sociales, por lo que habrá que analizar los mismos. No obstante, al presente supuesto no le sería de aplicación el derecho de suscripción preferente al ser una transmisión del 100% de las participaciones sociales. Sin embargo, en el caso de que el régimen legal no estuviera modificado y siguiera rigiéndose por el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), sería necesario que sus socios comunicasen su voluntad de transmitir sus participaciones a los administradores haciendo constar el número y características de las participaciones, la identidad de los adquirentes y el precio y demás condiciones de dicha transmisión. Los administradores deberían someter la cuestión a la junta general, que en el plazo de tres meses debería celebrarse previa inclusión del asunto en el orden del día y adoptado mediante mayoría ordinaria. La junta general debería aceptar la transmisión siempre y cuando algún socio no hiciera efectivo su derecho de adquisición preferente o la propia HP no decidiera adquirir sus propias participaciones mediante la autocartera regulada por el artículo 140 de la LSC. En el caso de la concurrencia de estos dos supuestos, la junta general podría oponerse a la transmisión y no autorizarla. Una vez celebrada la junta, debería formalizarse la operación en un mes, elevarse a público e inscribirlo en el Registro Mercantil.

En segundo lugar, las tres sociedades incurso en la operación deberán otorgar poderes especiales, facultando a los apoderados en cuestión a llevar a cabo la compraventa de las participaciones. Este aspecto será desarrollado en mayor profundidad en la siguiente cuestión. En este sentido, cabe destacar que, si el apoderado de ABC fuera extranjero, habría de presentar un NIE obtenido previamente, además de acreditar ante notario español su capacidad y su representación de la sociedad extranjera.

En tercer lugar, como persona jurídica no residente que va a invertir en España, ABC por medio de HP va a generar beneficios sujetos a tributación española sin perjuicio de la aplicabilidad de los convenios de doble imposición, por lo que debe quedar registrada ante las autoridades fiscales españolas. Es decir, debe obtener un Número de Identificación Fiscal (en adelante, "NIF") español en atención al artículo 18.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. Dicha gestión debe ser realizada por un representante debidamente apoderado a estos efectos, quien debe iniciar un procedimiento de solicitud y asignación de N.I.F. tipo "N", para personas jurídicas y entidades no residentes sin establecimiento permanente en España como lo es ABC. Deberá dirigirse a la Oficina Consular de España en el extranjero para solicitar su expedición

y la inscripción en el censo de obligados tributarios. Para ello, se deberá aportar: (i) datos societarios como la personalidad jurídica, la razón social o la nacionalidad, (ii) NIF atribuido en Luxemburgo, (iii) domicilio fiscal o social, (iv) fecha de constitución e inscripción en el registro público, (v) capital de constitución, y (vi) identificación de los representantes con sus respectivos NIF.

En cuarto lugar, para la elevación a público de la operación se deberá aportar el acta de identificación de los titulares reales que intervienen en una escritura pública es una obligación que vincula a todas las sociedades (tanto ABC, como XYZ, como HP) establecida en Ley 10/2010. Así, se deberá presentar un acta notarial identificando al titular real de las sociedades junto con la documentación que permita acreditar la identificación formal. A este respecto, como ya se ha mencionado, el artículo 4 de la Ley 10/2010 establece que el titular real no es otro que *aquella persona física que, en último término, controle un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica*.

Cabe recordar que, quien controlará en último término el 90% de las participaciones de HP correspondientes a ABC no será esta, puesto que ABC está participada al 100% por ABC Global Ltd. (en adelante, “Global”) que, a su vez, está participada al 100% por ABC Trust (en adelante, “Trust”). Por tanto, el titular real de HP no será otro que Trust. Al ser Trust es un fideicomiso anglosajón, el titular real que ABC debe identificar serán el fideicomitente, el fiduciario, el protector si lo hubiera y cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso.

Hecha la mención a la Ley 10/2010, cabe hacer referencia a su aplicabilidad o no a esta operación. Así, el artículo 2 establece una lista *numerus clausus* relativa a los sujetos obligados por esta normativa. Entre ellos, el apartado c del citado precepto menciona a las empresas de servicio de inversión, que son las sociedades de valores, las agencias de valores, las sociedades gestoras de carteras o las empresas de asesoramiento financiero. Pues bien, a este respecto, ABC es una sociedad de responsabilidad limitada dedicada a la inversión en diversos proyectos de infraestructura, por lo que *a priori* no sería sujeto obligado de la Ley 10/2010 más allá de la obligación intrínseca ante cualquier elevación a público de identificar al titular real de las sociedades.

En definitiva, para poder adquirir las participaciones de HP, se ha de atender a los sujetos y al objeto de la transacción. Por un lado, en lo referente al sujeto, ABC como sociedad extranjera deberá solicitar la autorización al Consejo de Ministros, que deberá aprobar la transacción al ser considerada inversión extranjera directa en España. Por otro lado, en lo referente al objeto, ABC y XYZ deberán comunicar la adquisición al Ministerio de Industria, Energía y Turismo la adquisición de HP en calidad de sociedad energética.

Asimismo, durante la elevación a público del contrato de adquisición de las participaciones de HP, ABC deberá aportar los documentos obtenidos tras estas actuaciones previas, que serán: (i) los acuerdos societarios adoptados por las sociedades facultando la compraventa de las participaciones de HP por parte de los Socios, (ii) los poderes especiales otorgados por parte de las sociedades en favor de sus representantes para formalizar el contrato de adquisición, (iii) el NIF de ABC, y (iv) la obtención del acta de identificación del titular real.

Por último, cabe destacar que la Ley 10/2010 no se aplicará en cuanto a los sujetos obligados por la normativa en atención al artículo 2 del texto normativo. Sin embargo, deberá aportarse igualmente el acta de identificación del titular real de las sociedades, ABC incluida.

SEGUNDO. Sobre las formalidades de los poderes de representación de ABC y XYZ en el curso de la operación.

Como se ha mencionado de forma somera en la cuestión anterior, para formalizar la adquisición de las participaciones de HP por parte de los Socios, es preciso formalizar el acuerdo entre las partes. Tal y como establece el artículo 106 de la LSC, deberá realizarse en escritura pública, bien mediante contrato en documento público o bien elevando a público en acuerdo privado. Al intervenir un fedatario público en la operación, su primera actuación será juzgar la capacidad y representación de las personas que comparecen ante él.

En este sentido, los intervinientes en la operación deberán contar con sujetos debidamente apoderados que comparezcan ante notario. Generalmente suelen ser los propios administradores, en quienes recae la representación orgánica de la sociedad, si bien también puede ser otro apoderado a quien la sociedad le confiere la representación mediante un poder especial. En este sentido, el poder especial comprende las facultades de representación en determinados negocios jurídicos, mientras que el general comprende todos los negocios de la sociedad. Por ello, se deberá determinar de forma expresa los términos y límites del mismo. La competencia para nombrar a los apoderados recae sobre el propio órgano de administración de la sociedad o sobre un apoderado facultado para ello.

Una vez adoptado el acuerdo por el que se confiere el poder especial al representante en cuestión, este deberá ser elevado a público por la persona que tenga facultad para certificado de conformidad con el artículo 108 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, Reglamento del Registro Mercantil). Es decir, la elevación a público le corresponderá al Secretario con el Visto Bueno del Presidente, o al administrador único o administrador solidario (artículo 109.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

Además, al ser una sociedad extranjera, ABC deberá otorgar los poderes con las mismas facultades y capacidades que las necesarias en España. Ahora bien, una vez otorgado dicho poder en Luxemburgo y para que el mismo revista de autenticidad en España, es necesario que sea legalizado mediante la Apostilla de la Haya. Dicho instrumento permite certificar que el poder expedido en un país es auténtico, por lo que le dota de validez, siempre y cuando el país donde se haya expedido haya ratificado el Convenio de la Haya del 5 de octubre de 1961. Por tanto, siendo tanto España como Luxemburgo partes suscriptoras del convenio, el poder conferido por ABC podrá ser certificado mediante la Apostilla de la Haya y traducido al español, mediante un traductor jurado.

En conclusión, las personas que comparezcan ante notario en nombre y representación de las mercantiles ABC y XYZ, deberán acompañar el día de la firma sus poderes públicos, apostillados por la Haya y traducidos con un traductor jurado, para que el notario español tenga capacidad de juzgar la capacidad y representación para poder otorgar la escritura pública para realizar la operación.

TERCERO. Sobre las formalidades adicionales que requiere la adquisición de HP.

Con el fin de abordar los requisitos necesarios para la adquisición de HP, es preciso hacer una aproximación al procedimiento de compraventa de participaciones, analizando de esta forma los actos previos y las actuaciones simultáneas que deben llevarse a cabo.

En primer lugar, cabe destacar que, si bien el contrato de compraventa de participaciones es el instrumento mediante el cual se perfecciona la adquisición de la sociedad, hay una serie de **actos previos** que preceden su formación.

En este sentido, es una práctica comercial habitual realizar un informe de *due diligence* sobre la sociedad que se va a adquirir, en este caso, HP. La finalidad del informe no es otro que realizar una actividad revisoria sobre el estado de HP previa a su compra, con el fin de que los Socios puedan tener una imagen completa, auténtica y contrastada de la situación actual de HP, estableciendo así la posible existencia de pasivos ocultos o activos ficticios. Con base en el resultado arrojado por la *due diligence*, estos podrán decidir si la adquisición de HP les sigue resultando de interés o si es necesario negociar algunos aspectos del contrato.

De igual forma, en esta fase previa suelen tener lugar los tratos preliminares, precisos para configurar los términos del contrato futuro, o las cartas de intenciones, a través de las cuales HP y los Socios manifestarían su propósito de negociar. Resultan especialmente útiles los beneficios que se extraen de los tratos preliminares, que no solo pueden incluir deberes de confidencialidad, sino también deberes de información. En este sentido, no solo es necesario contar con determinada información contable o financiera, sino que también con cierta documentación legal, necesaria para poder preparar la formalización y ejecución de la operación: forma de organizar la sociedad, administradores, apoderados, libro registro de socios, libros de actas, etc., para poder realizar las operaciones adicionales y necesarias, en el momento simultáneo a la adquisición, tal y como se desarrollará posteriormente.

Ahora bien, la fase previa aquí mencionada es relativa a los trámites conforme a los que se adecuan las partes en aras del mejor desarrollo de las negociaciones y del procedimiento de adquisición, no estando regulados de forma expresa en textos normativos como el Código Civil.

Pues bien, una vez concluida la fase previa en los diferentes aspectos de la compraventa, se lleva a cabo la preparación del **contrato de compraventa** de participaciones. Como todo contrato, regulado en el artículo 1261 del Código Civil, en este deben concurrir los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, de los cuales se analizarán los dos primeros.

En relación con el consentimiento que opera en este contrato, es preciso que tanto HP como los Socios hagan las comprobaciones oportunas respecto de los activos fruto de la transmisión —esto es, las centrales hidráulicas en España—, con el fin de establecer si constituyen un activo esencial. Serán activo esencial si el importe de la operación constituye el 25% del valor de los activos que figuran en el último balance aprobado. De constituir un activo esencial, será necesario que HP cuente con la aprobación y autorización de la junta general de forma previa a la suscripción del contrato, tal y como establece el artículo 160.f de la LSC. En este

sentido, habrá de analizarse el posible derecho de adquisición preferente que pudiera regularse en los estatutos en relación los socios.

Respecto del objeto del contrato, éste será las participaciones de HP. Deben, por tanto, identificarse en el contrato de compraventa y tener en cuenta lo dispuesto por los estatutos sociales o pactos parasociales, si hay cargas y gravámenes inscritos en el libro de socios, etc. En este sentido, es necesario dejar constancia de que se han realizado las actuaciones necesarias para poder llevar a cabo la transmisión de las participaciones.

Una vez analizados los actos previos y el contrato de compraventa, es necesario analizar las actuaciones que deben llevarse a cabo simultáneamente, en el mismo acto de adquisición de la titularidad de las participaciones y elevación a público.

En este sentido, al adquirir las participaciones de HP, los Socios deberán realizar una junta extraordinaria de socios con el fin de implementar la nueva estructura, los estatutos sociales y la forma de organización de la sociedad (cesar a los antiguos administradores y nombrar a los nuevos, en el ejercicio de sus facultades conferidas por el artículo 160 LSC). Dicho acuerdo deberá ser certificado por el Secretario con el Visto Bueno el Presidente (artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil) y, al tratarse de una certificación expedida por una persona no inscrita de conformidad con el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, habrá de comparecer el anterior administrador inscrito en el Registro con cargo certificante, para que haga constar la inscripción del cese del mismo en el Registro Mercantil. Así, habrá de aportarse la convocatoria y el orden del día en los términos establecidos por la ley y los estatutos sociales, así como aportar la certificación de los acuerdos. Asimismo, el nuevo consejo de administración deberá cesar los poderes vigentes y nombrar a los nuevos, como será detallado en la cuestión octava.

En dicho acto deberán comparecer los administradores al objeto de aceptar su cargo y manifestar que no están incurso en las incompatibilidades establecidas en la Ley 3/2015, de 30 de marzo de la Comunidad de Madrid, y que no les afecta prohibición alguna de las establecidas en el artículo 213 del LSC, ni ninguna otra prohibición o incompatibilidad establecida en las demás disposiciones nacionales y/o autonómicas aplicables.

La necesidad de cesar al anterior administrador y demás apoderadas se debe a que la adquisición de las participaciones por parte de los Socios no implica el automático cese de los anteriores representantes de HP —es decir, IESA—, por lo que deberá de hacerse de forma expresa en unidad de acto. De esta manera, se evita que los anteriores representantes de HP puedan continuar haciendo uso de las facultades conferidas por los poderes orgánicos o específicos, contratando o llevando a cabo actos jurídicos en su nombre, mientras no se registre por dotarle la inscripción un carácter *erga omnes*.

Por último, se deberá dar de baja a los antiguos titulares de las participaciones y dar de alta a los Socios en el libro registro de socios de la sociedad.

En conclusión, no solo se debe realizar la operación de compraventa, sino que además es necesario llevar a cabo actuaciones previas y simultáneas a la adquisición de las participaciones. De forma simultánea a la adquisición, se deberá complementar una junta extraordinaria de socios en la que se establezcan las modificaciones estatutarias necesarias, el cese de los anteriores administradores y el nombramiento de los nuevos. Asimismo, se deberá realizar una sesión del consejo de administración en la que se designen los cargos de presidente y secretario, el cese de los antiguos apoderamientos y el establecimiento de los nuevos. Se deberán

protocolizar dichos acuerdos mediante la emisión de certificados de los mismos, y proceder a su inscripción en el Registro Mercantil.

CUARTO. Sobre la posibilidad de suscribir un pacto de socios y los acuerdos que debería regular.

Los pactos de socios, o pactos parasociales, tienen como finalidad completar y concretar las relaciones internas entre los socios de una sociedad, estableciendo de esta forma el funcionamiento, organización de la sociedad, sino también las distintas y varias relaciones entre los socios y terceros. Su carácter es extraestatutario, es decir, son acuerdos que suscriben los socios en relación con la sociedad en relación con aspectos que no se incorporan o concretan ni en los estatutos ni en la escritura de constitución. Esto ofrece a los socios un haz de posibilidades a la hora de regular determinadas cuestiones que no tienen cabida en los estatutos sociales, por contenido, por rigidez del procedimiento de incorporación o por su publicidad. Por tanto, suscribir un pacto parasocial proporcionaría a los Socios mayor flexibilidad.

La flexibilidad del contenido de los pactos parasociales no implica que todo pueda ser objeto de los mismos si pretende ser inscrito en el Registro Mercantil. En este sentido, el artículo 28 de la LSC establece el principio de autonomía de la voluntad en relación con el contrato social. Así, el límite a este principio será la ley, la moral, el orden público y los principios configuradores del tipo social. En el mismo sentido, el principio de autonomía de la voluntad de las partes articulado por el artículo 1255 del Código Civil impone límites similares para los acuerdos; las leyes, la moral y el orden público. Por tanto, en atención a estos dos preceptos, puede interpretarse que no podría incluirse en un pacto parasocial contenido que no pudiera ser previsto en los estatutos, por ser, *a priori*, contrario a lo establecido por la LSC. No obstante, cabe destacar que los pactos parasociales producen unos efectos jurídicos distintos a los estatutos, por lo que se pueden entender ciertos preceptos imperativos de la LSC como preceptos disponibles.

Pues bien, una vez tratada la licitud de los pactos parasociales, cabe ahondar en el contenido de los mismos, en atención a la voluntad de los Socios. Así, se destaca que la intención tras la adquisición es que: (i) el consejo de administración esté integrado por un consejero de XYZ y dos consejeros de ABC; (ii) que XYZ pueda participar en la toma de decisiones de HP, en particular, que en relación con determinadas materias de especial relevancia XYZ pueda disponer de un derecho de veto; y (iii) que XYZ se encargue de la gestión diaria de HP. Por tanto, a la hora de detallar el tipo de cláusulas de interés a contener en el pacto parasocial, se tendrá en consideración tanto estas premisas como la adquisición 90-10 de HP. No obstante, cabe destacar que la cláusula en relación con la composición del consejo de administración será analizada en la cuestión siguiente (“QUINTO”).

Al respecto de la participación de XYZ en la toma de decisiones de HP, cabe destacar que se trata de un socio minoritario al ostentar ABC el 90% de HP y XYZ el 10% restante. Por tanto, deberá establecerse un pacto de organización, mediante el cual se regule el régimen de toma de decisiones en el seno del funcionamiento de HP. En este sentido, podrá matizar o condicionar los preceptos estatutarios sin llegar a contravenirlos ni oponerse a los principios del tipo social elegido.

Por tanto, será preciso acordar pactos sobre quórum, mayorías y el derecho de veto en relación con ciertas materias reservadas. Estos pactos afectarán a la reglamentación tanto de la junta general como del consejo de

administración, regulando la adopción de los acuerdos de uno y de otro. Así, se establece una serie de asuntos que, por su importancia para los Socios, requerirán de quórum de constitución y mayorías de votos reforzados para garantizar el control de los Socios sobre las decisiones que consideren, así como atribuir el derecho de veto a XYZ sobre la adopción de ciertos acuerdos a ese respecto. Son lo que se denomina materias reservadas, y en este sentido, se busca nivelar en determinadas materias los distintos porcentajes de la participación en el capital social en relación con el derecho de voto o directamente el derecho de veto sobre estas materias, como la aprobación de las cuentas anuales, los contratos con los Socios, las modificaciones estructurales, ventas de ramas del negocio, etc.

No obstante, al establecer estas materias reservadas, será preciso también adoptar cláusulas de desbloqueo, con el fin de neutralizar los posibles impedimentos respecto de la válida adopción de acuerdos que pueden llegar a paralizar la actividad empresarial. A título de ejemplo, podrá incorporarse la facultad de ejercer un voto ponderado de alguno de los consejeros o establecer procedimientos de mediación y de conciliación.

En particular, y en relación con la gestión diaria de HP por parte de XYZ, se podrá prever la contratación de los cargos directivos y determinar sus funciones y retribución, así como otorgar el derecho en exclusiva a XYZ de nombrar a los puestos de alta dirección con el fin de poder llevar de forma efectiva la gestión de HP. De no regularse mediante pacto parasocial, las decisiones a este respecto requerirán del voto conjunto o cualificado de los Socio. Así, a título de ejemplo, se podrá también nombrar al consejero designado por XYZ como administrador gerente.

Asimismo, con el fin de blindar el pacto parasocial, se deberán establecer cláusulas de carácter coercitivo, pudiendo establecerse una cláusula de opción de compra que establezca el derecho de un socio de adquirir las participaciones de otro socio, obligado a vender por incurrir en alguna de las causas que se decidan, como en caso de incumplimiento del pacto parasocial; o bien determinar y cuantificar una penalidad en caso de incumplimiento de los Socios. Se deberán determinar los distintos tipos de gravedad en los incumplimientos para así dar una mejor efectividad a dicha cláusula.

En conclusión, la necesidad de establecer un pacto de socios en los que se regule principalmente la capacidad de los socios en el nombramiento de los consejeros y determinadas materias reservadas que deberán contar al menos con más de un 91% del capital para su adopción.

QUINTO. Sobre el traslado del pacto de socios a los estatutos sociales y la estructuración del derecho de nombramiento de administradores.

Una vez abordada la validez de los pactos parasociales en la anterior cuestión, cabe hacer referencia a su eficacia en la presente. Así, cabe recordar que, de ser pactos válidos, serán eficaces entre las partes que lo suscriban, generando obligaciones con fuerza de ley entre los Socios en atención al artículo 1091 del Código Civil.

Como se ha mencionado previamente, los pactos parasociales son contratos entre los socios de una sociedad. Así, la forma que deben revestir estará sujeto al principio de libertad de forma del artículo 1278 del Código Civil. De esta manera, el pacto parasocial será eficaz siempre que reúna los requisitos de validez legales, y, por

tanto, sus obligaciones serán exigibles a las partes independientemente de su instrumentalización en documento privado o público.

En este sentido, podría incorporarse el pacto parasocial en los estatutos sociales. Sin embargo, no siempre será conveniente, incluso posible, su inscripción en los mismos. Así, si el pacto parasocial contuviera alguna cláusula que no cabría incluir en los estatutos sociales por ley, este no sería inscribible. Asimismo, de inscribirlo en el Registro Mercantil, el pacto parasocial perdería su carácter confidencial por la publicidad propia de la inscripción, por lo que debe de ser sometido a valoración de los Socios.

Por tanto, si bien puede inscribirse el pacto parasocial en el Registro Mercantil, es posible que no pueda hacerse. Ello significa que, en virtud del artículo 29 de la LSC, los pactos parasociales reservados entre los socios (aun cuando lo suscriban todos ellos, lo que se denomina pacto omnilateral) no serán oponibles a la sociedad. De esta forma, ni la existencia del pacto parasocial ni su incumplimiento surtirán efectos para HP, impidiendo que HP haga uso de los instrumentos de *enforcement* propios de la persona jurídica y de su ordenamiento para sancionar el incumplimiento del pacto. El pacto parasocial tampoco tendrá eficacia frente a terceros, en atención al artículo 1257 del Código Civil.

Por tanto, la eficacia del pacto parasocial solo afectará a las partes que lo han suscrito, siendo así lícitos, exigibles y obligatorios para los Socios. Es por ello que, de incumplirse, será de aplicación el artículo 1124 del Código Civil relativa a las consecuencias del incumplimiento de los contratos. Por tanto, los Socios podrán ejercer contra la parte incumplidora: (i) acción de indemnización de daños y perjuicios, (ii) acción de cumplimiento, (iii) acción de remoción, (iv) acción resolutoria, y (v) mecanismos de autotutela en cuyo caso se incorpore al pacto la opción de compra o de venta previamente mencionados.

En definitiva, el principal beneficio de inscribir el pacto parasocial es su propia eficacia. Esto es, en sentido contrario, de no inscribir el pacto parasocial, los Socios no podrán hacer efectivo su contenido frente a la sociedad, no pudiendo de esta forma, por ejemplo, impugnar un acuerdo social adoptado en contravención del pacto parasocial puesto que, como se ha visto, no podrán emplearse los mecanismos de *enforcement* de la sociedad. Por tanto, para que sean oponibles y dejen así de ser reservados, deberá incluirse el pacto parasocial en los estatutos. Ello implica la problemática mencionada anteriormente: la publicidad propia del Registro Mercantil y la compatibilidad de su contenido con la ley.

En este sentido, para que sea inscribible que tanto ABC como HP puedan nombrar a determinados administradores, el acuerdo extraestatutario debe incluir un pacto sobre el nombramiento y la composición del consejo de administración.

Este tipo de pactos establece la forma de organizar la administración y la dirección de la sociedad con más precisión que en los estatutos. Así, es habitual que las partes, en cuanto a la composición del órgano de administración, se distribuyan el derecho a nombrar a sus componentes. El pacto parasocial puede regular el número de consejeros que cada socio pueda nombrar, sin que necesariamente deba de estar relacionado con el porcentaje de participación del capital social de cada uno. Como la competencia de designar a los administradores en las sociedades de responsabilidad limitada como HP es competencia de la junta general, lo que impondrá esta cláusula es la obligación de votar en el nombramiento de los consejeros en un determinado sentido con el fin de conseguir el nombramiento de los administradores conforme a lo establecido en el pacto.

En conclusión, es la inscripción de los estatutos en el Registro Mercantil lo que dota al acuerdo de un efecto erga omnes, por lo que será oponible frente a tercero. De ahí surge lo interesante de que sean trasladados los pactos parasociales a los estatutos. En consecuencia, se deberá intentar trasladar todas aquellas cuestiones del pacto que puedan afectar a terceros, no siendo imprescindibles o innecesarias, aquellas que solo afectan a los Socios.

SEXTO. Sobre la cláusula de manifestaciones y garantías para la protección de la contingencia fiscal detectada.

Las cláusulas de manifestaciones y garantías contienen declaraciones de contenido diverso relativas a la venta y adquisición de una empresa. Estas declaraciones pueden ser realizadas tanto por el vendedor, por el comprador o por la propia empresa objeto de la transacción; y su contenido puede ser tan diverso como la ocasión requiera. En este sentido, las partes podrán pronunciarse acerca de sí mismas respecto de su capacidad y legitimación a la hora de celebrar el contrato y respecto del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Son, por tanto, declaraciones sobre hechos o circunstancias, pasados o presentes, que afectan o podrían afectar a las partes y/o a la empresa objeto de la transacción, ya sea en relación con sus activos, sus resultados, cuestiones legales, etc., puesto que pueden tener incidencia en la ejecución de la transacción o en hechos futuros.

Así, resulta común que sea el vendedor quien realice este tipo de declaraciones, ello con el fin de que el comprador obtenga una imagen más completa y fidedigna de la empresa que pretende adquirir al facilitarle una descripción más detallada de la misma. No obstante, el mayor atractivo de una cláusula de manifestaciones y garantías en esta circunstancia en la que se detecta una contingencia fiscal durante la fase de auditoría es la posibilidad de acompañarla de compromisos de indemnización en cuyo caso las declaraciones realizadas sean posteriormente descubiertas como falsas o incompletas.

Las funciones generales de las manifestaciones y garantías son la mitigación del desequilibrio informativo entre el comprador y el vendedor, y la extensión de los riesgos y las responsabilidades asignando una responsabilidad contractual por su incumplimiento.

En este sentido, como se ha mencionado, es el vendedor quien tiene un mayor acceso a la información relativa a la sociedad objeto de la transacción, y por tanto, quien tiene una mejor posición respecto del comprador, quien suele carecer de información bastante al ser el vendedor quien las pone a su disposición. De ello deviene la asimetría o desequilibrio entre las partes en este tipo de operaciones, motivo por el cual en esta cláusula sería conveniente la inclusión de la obligación del vendedor de mantener indemne al comprador en caso de falta de cumplimiento por parte del vendedor.

Asimismo, las manifestaciones y garantías permiten que al vendedor se le asignen los riesgos cubiertos por las declaraciones realizadas o posibles hechos futuros que puedan implicar un riesgo para el comprador, ello aun cuando el comprador hubiera podido tener conocimiento de la información, como sucede con la contingencia detectada.

Esto permitirá a los Socios alterar la asignación legal del riesgo, trasladando a IESA la responsabilidad por la contingencia fiscal en cuyo caso no se subsanara la contingencia entre el periodo de descubrimiento y firma del contrato, en cuyo caso fuera más grave, o se detectase alguna contingencia diferente a futuro. Las manifestaciones y garantías permiten este desplazamiento contractual de las normas que establecen los criterios jurídicos relativos a la asignación de los riesgos entre las partes tras la celebración del contrato, como resulta del artículo 1452 del Código Civil. *A contrario sensu*, de no establecer estas declaraciones en las manifestaciones y garantías aun teniendo constancia de la contingencia, los Socios deberían soportar los riesgos derivados del mismo. Esto se debe a la interpretación dada, entendiéndose como el consentimiento por parte del comprador, que debería asumir el posible riesgo de la contingencia fiscal detectada aun cuando pudiera afectar a la sociedad. Es decir, el hecho de no incluir la cláusula de manifestaciones y garantías, los Socios estarían consintiendo en la compra de la sociedad con la contingencia fiscal, y de la misma no podrían solicitar ninguna indemnización por un riesgo futuro ocasionado por tal hecho.

A mayor abundamiento, las manifestaciones y garantías también evitarían que los Socios, en el seno de un procedimiento judicial cuyo objeto fuera la contingencia detectada, tuvieran que acreditar (i) dolo omisivo, (ii) la esencialidad del error, y (iii) los requisitos propios del régimen de saneamiento por vicios o defectos ocultos.

Una vez establecidas las características y funciones de las manifestaciones y garantías, es preciso mencionar el tipo de cláusula en la que consistiría y los remedios jurídicos frente a su incumplimiento, todo ello con tal de establecer la extensión de la protección otorgada a los socios.

Pues bien, habida cuenta de que se ha detectado una contingencia fiscal, la declaración realizada tendría por objeto promesas de conducta futura de IESA o garantías sobre la contingencia detectada. A este extremo, la cláusula consiste en una obligación asumida por el vendedor que cubre la no realización de una conducta prometida (evitar que la contingencia fiscal se materialice), y su incumplimiento será imputable al vendedor, quedando sujeto por tanto al régimen de responsabilidad por incumplimiento contractual. Es decir, los Socios podrán exigir a IESA el cumplimiento de una conducta concreta sobre la contingencia fiscal, un resarcimiento por indemnización de daños y perjuicios, e incluso una resolución contractual, aunque esta última no constituye el elemento más adecuado en la práctica.

Ahora bien, dado que IESA no dispone de más activos en su balance que las participaciones de HP, la cláusula de manifestaciones y garantías no sería suficiente para cubrir el riesgo sobre la contingencia detectada. En este sentido, sería propicio adoptar otro tipo de instrumentos legales como la suscripción de un seguro de manifestaciones o la retención de parte del precio de la compraventa.

Los seguros de manifestaciones y garantías tienen por objetivo la protección de la parte frente al eventual incumplimiento de las manifestaciones y garantía que genera de un daño al comprador, en este caso. Así, el seguro cubriría la responsabilidad de IESA en caso de incumplimiento, si bien es recomendable que sean los Socios quienes suscriban la póliza y deduzcan, del precio de la compraventa, el importe de la prima. Consistiría por tanto en una póliza al comprador, o *buyer-side policy*, mediante la cual los Socios podrían reclamar a la aseguradora, que por norma general a su vez podría ejercitar la acción de recobro ante el vendedor. De esta forma, los Socios verían reducido el riesgo de impago en caso de solicitar una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Respecto de la retención de parte del precio de la compraventa, consiste en un depósito en garantía de una parte del precio de la compraventa. Es decir, como su propio nombre indica, del precio de la compraventa pactado se retiene una cantidad determinada, que no se abona al vendedor hasta que, o bien el mismo certifique que se ha cumplido con las manifestaciones y garantías declaradas, o bien transcurra el plazo de tiempo estipulado por las partes. En cuyo caso a lo largo de este plazo se produzca el incumplimiento de las manifestaciones y garantías, el depósito se entregará al comprador en concepto de indemnización por daños y perjuicios. A mayor abundamiento, este depósito puede hacerse a un tercero independiente que gestione la parte del precio retenida (*escrow*).

En conclusión, una cláusula de manifestaciones y garantías por si sola no sería suficiente para cubrir el riesgo que supone la contingencia fiscal para los Socios. Por tanto, será necesario implementar mecanismos coercitivos, tales como como la suscripción de un seguro de manifestaciones y garantías, la retención de parte del precio de compraventa o una cuenta de escrow, estableciendo a estos efectos la temporalidad a la que iría sujeta.

SÉPTIMO. Sobre la asistencia financiera en la adquisición de HP.

El artículo 143 de la LSC consagra la prohibición expresa de asistencia financiera para la adquisición de las participaciones de una sociedad. Es decir, hay una prohibición de asistencia financiera siempre que una sociedad realice un acto para financiar la adquisición de su capital por un tercero, de tal forma que asuma en la transacción un tipo de coste. En este sentido, el objeto de la prohibición establecida por el precepto legal tiene por objetivo impedir el detrimento de cualquier componente del patrimonio de la sociedad, todo ello con tal de proteger los intereses de los socios y de los acreedores. Debe tener, por tanto, una relevancia patrimonial, por lo que la concesión de préstamos, garantías o anticipos de pago sobre el patrimonio de la sociedad adquirida entrarían dentro de esta prohibición.

De esta forma, para que concurra la prohibición de asistencia financiera, es necesaria la concurrencia de tres elementos: que la operación en cuestión implique la asistencia financiera, que la asistencia financiera la lleve a cabo una sociedad de capital en favor de terceros y que la asistencia financiera consista en el uso del patrimonio de la sociedad asistente con el fin de facilitar la adquisición de sus propias participaciones. Por ello, el uso de parte del patrimonio de HP para financiar su adquisición por parte de los Socios entraría dentro de esta prohibición. Esto se debe a que la asistencia mencionada implica una asistencia financiera, llevada a cabo por la propia HP como sociedad de responsabilidad limitada para la adquisición por los Socios de sus propias participaciones.

De llevar a cabo la asistencia financiera planteada, se debe hacer una distinción entre el negocio jurídico que conlleva la asistencia financiera por la HP en favor de los socios del negocio jurídico de adquisición de las participaciones de HP. Esto se debe a que al primer negocio jurídico relativo a la asistencia financiera sería nulo de pleno derecho en atención al artículo 6.3 del Código Civil, por lo que carecería de efectos. Sin embargo, en relación con el segundo negocio jurídico relativo a la adquisición de HP, las consecuencias derivadas del incumplimiento de la prohibición legal no se extenderían al mismo, afectando solamente al

primer negocio jurídico. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la existencia de un vicio o de las condiciones que pudieran establecer en la operación de la adquisición.

En lugar de disponer de la caja para pagar el precio de compra por cuenta de los socios o facilitándoles un préstamo, puede realizarse una reducción de capital por devolución de aportaciones a IESA y, sobre el remanente, realizarse la transacción de compraventa, deduciendo del importe de la transacción lo obtenido por la reducción de capital. Para evitar posibles riesgos con el contrato de financiación bancario o el capital mínimo exigido por la Ley del Sector Eléctrico y perjuicios a los acreedores, en unidad de acto se realizaría un aumento simultáneo del capital (operación acordeón).

En otras palabras, la operación se dividiría en tres fases en unidad de acto:

1. Reducción de capital por devolución de aportaciones a IESA.
2. Adquisición del remanente de las participaciones por los Socios.
3. Aumento simultáneo del capital, si ello fuere necesario por: (i) la situación de fondos propio, y (ii) cláusulas de los acreedores del mantenimiento de capital mínimo.

Cabe destacar que, a efectos fiscales de las reducciones de capital por devolución de aportaciones, estas operaciones no se comprenderían como un reparto de dividendos, sino que tienen consideración de una operación de compraventa.

Otra opción sería la de establecer, en el contrato de adquisición de las participaciones de HP, un aplazamiento en el pago, que deberá garantizarse por cuenta de los Socios. Tras la formalización de la adquisición, los Socios se distribuirán dividendos.

En último lugar, aunque no implique hacer uso de forma directa del líquido disponible en caja, otra opción consiste en amortizar anticipadamente el préstamo concedido por Banco Español, S.A. (en adelante, BE). De esta manera, si bien no redundaría en favor de los Socios en primera instancia, estarían no solo liquidando una deuda y por tanto disminuyendo el pasivo, sino que también supondría un beneficio en cuanto a los intereses que devengaría el préstamo.

En conclusión, se puede plantear a los vendedores que como parte del precio de la operación se realice por medio de una reducción de capital por devolución de sus aportaciones, de tal forma y manera que el valor de la sociedad se minore en dicha cantidad y, formalizándose la compraventa, por las participaciones que quedaran tras la reducción de capital. Otra de las opciones es realizar una compraventa con precio aplazado y, posteriormente, un reparto de dividendo.

OCTAVO. Sobre el traslado del domicilio social de HP y la revocación de los poderes generales vigentes.

A. Sobre el traslado del domicilio social de HP de Málaga a Madrid.

El cambio del domicilio social de HP conlleva necesariamente la modificación de sus estatutos sociales, que está sujeta a unos determinados requisitos y formalidades señalados por la LSC. Al ser una sociedad de

responsabilidad limitada, la modificación de los estatutos sociales se debe realizar mediante un acuerdo de junta general, así como cumplir con una serie de requisitos sustantivos y formales. Sin embargo, el artículo 285 de la LSC establece una excepción a esta regla general de modificación de estatutos mediante aprobación en junta general, y es el traslado del domicilio social dentro del territorio nacional. En este sentido, corresponde al órgano de administración de HP la competencia de la modificación estatutaria relativa al traslado del domicilio social, salvo que en los estatutos sociales figurase disposición en contrario.

Asimismo, al tratarse de una modificación estatutaria, el acuerdo debe figurar en escritura pública, conteniendo la nueva redacción del estatuto. Posteriormente, dicha escritura pública debe inscribirse en el Registro Mercantil, y es el registrador mercantil quien remite de oficio el acuerdo inscrito para su publicación en el BORME, sin coste alguno para HP.

Ahora bien, el traslado del domicilio social de Málaga a Madrid implica un cambio de provincia. Por ello, de conformidad con el artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil, la inscripción registral del acuerdo cuenta con ciertas especificidades. En este sentido, se debe presentar en el Registro Mercantil de la provincia de destino, Madrid, una certificación literal de la hoja registral expedida por el Registro Mercantil de Málaga, que incluya todas las inscripciones, con el fin de que se trasladen a la hoja que se abra en el Registro Mercantil de Madrid. Dicha certificación debe incluir, además, las cuentas anuales depositadas de los últimos cinco años.

La certificación será expedida tras la presentación en el Registro Mercantil de Málaga del acuerdo de traslado del órgano de administración, o en virtud de la solicitud de los mismos con sus firmas legitimadas. La certificación tendrá, a partir de entonces, una vigencia de tres meses, por lo que transcurrido dicho plazo deberá solicitarse una nueva.

Tras la expedición del traslado, el registrador de Málaga lo hará constar, y conllevará el cierre del Registro Mercantil de Málaga. Asimismo, el registrador de Madrid deberá transcribir literalmente el contenido de la certificación y comunicar al Registro Mercantil de Málaga la práctica de la inscripción de la certificación y del cambio de domicilio social, indicando a estos efectos los número de hoja, folio y libro, que constarán en una nota de referencia extendida por el registrador de Málaga. Una vez recibido el oficio del registrador de Madrid que acredite la inscripción, el cambio de domicilio social devendrá válido y, por tanto, eficaz.

B. Sobre la revocación de los poderes generales vigentes y el otorgamiento de unos nuevos.

Los poderes generales se extinguen por las causas establecidas en la extinción del mandato. Entre estas causas, recogidas en el artículo 1732 del Código Civil, figura la revocación.

Ahora bien, los poderes generales, en el seno de una sociedad de responsabilidad limitada, pueden ser otorgados por el órgano de administración o por un apoderado facultado para ello. Así, no es una competencia que le corresponda a la junta general al no configurar entre las atribuidas por el artículo 160 de la LSC, todo ello sin perjuicio de las instrucciones que pudieran darse a los administradores para ello.

Por ello, la competencia para la revocación de los poderes generales será de quien tenga competencia para otorgarlo. Como se ha mencionado, esta competencia recae en el órgano de administración o en el apoderado

facultado para ello. Por tanto, será el órgano de administración de HP quien deberá revocar los poderes generales. Cabe precisar que la competencia será del órgano de administración y no de los administradores a título personal que los otorgasen en su momento, puesto que la modificación de la composición personal del mencionado órgano no extingue el poder (Sentencia del Tribunal Supremo 255/2016, del 19 de abril de 2016).

A mayor abundamiento, tanto el otorgamiento de los poderes, así como la revocación o modificación de los mismos, son de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil mediante escritura pública, tal y como establecen los artículos 94.1 y 95.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Ahora bien, para poder inscribir la revocación (o la modificación) de los poderes generales, es preciso que previamente estuvieran inscritos, tal y como exige el principio de tracto sucesivo.

En conclusión, la revocación de los poderes y el otorgamiento de unos nuevos habrán de ser objeto de acuerdo del órgano de administración, y dicho acuerdo deberá elevarse a público. Posteriormente, habrá de inscribirse en el Registro Mercantil.

NOVENO. Sobre la refinanciación de HP mediante un préstamo sindicado y el pago anticipado de sus deudas, tanto con los socios como con los bancos.

La decisión sobre la refinanciación de una sociedad corresponde al órgano de administración, en este caso, el consejo de administración por no estar reservada esta competencia a la junta general según el artículo 160 de la LSC.

Para ello, primeramente, habrá de estarse al contrato de financiación bancaria con BE. En este sentido, es preciso analizar si el mismo puede cancelarse anticipadamente, de tal forma que se pague la deuda existente para poder acudir al préstamo bancario con el sindicato bancario alemán, y en qué condiciones. Así, se habrá de analizar la amortización anticipada, en cuyo caso hubiera algún tipo de interés aparejado a ello o algún tipo de coste en concepto de indemnización por rescisión unilateral del contrato. En este sentido, es habitual que exista una penalización en cuyo caso la amortización se realice mediante una nueva financiación, por lo cual llevará aparejada una comisión, sin perjuicio de otros posibles costes. De esta forma, al amortizar el préstamo con BE, HP deberá amortizar totalmente el principal pendiente, así como los intereses devengados y los posibles intereses o indemnizaciones establecidos.

Ahora bien, para evitar el sobreendeudamiento de HP, resultado de tener que hacer frente al pago de la amortización anticipada y sus costes aparejados, se puede realizar esta cancelación en unidad de acto con la suscripción del nuevo contrato de financiación bancario. Es decir, condicionar el nuevo préstamo para pagar el anterior.

Asimismo, cabe destacar que será necesario analizar del contrato de financiación con el sindicato bancario alemán para determinar que las condiciones de dicho préstamo no son perjudiciales para HP.

Por otro lado, el préstamo participativo es el que contrata HP con los socios de IESA en favor de HP, estando el interés ligado a la evolución de la actividad de la sociedad. Es un préstamo que puede amortizarse

anticipadamente, en atención al artículo 20.1 apartado b del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. A este respecto, el precepto mencionado establece, por un lado, la obligación de compensar la amortización anticipada mediante una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios, sin que provenga de la actualización de sus activos. Este imperativo legal tiene su justificación en que los préstamos participativos tienen la consideración de fondos propios, por lo que son considerados créditos subordinados. De esta forma, en orden a la prelación de créditos, al refinanciar la deuda de socios mediante un préstamo sindicado, habrá una conversión del crédito subordinado en crédito ordinario. Por ello, tiene incidencia en los acreedores, pudiendo suponerles un perjuicio. El precepto legal viene, por tanto, a proteger a los demás acreedores de la sociedad cuyo vencimiento es anterior a la del préstamo participativo.

Por tanto, los Socios deberán dotar o garantizar los fondos propios de una cuantía equivalente a la deuda de los socios (cien millones de euros) hasta el 1 de enero de 2030, fecha en la que vence el préstamo participativo. Dicho aumento podrá llevarse a cabo mediante un aumento del capital social mediante aportaciones dinerarias originarias del préstamo bancario con el sindicato bancario alemán, con un aumento de capital por compensación de créditos o con una aportación no restituible a la cuenta 118 del Plan General Contable.

En conclusión, para poder determinar si es posible refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente, se debe analizar el contrato de financiación suscrito con BE con el fin de determinar bajo qué premisas y con qué condiciones se podría, o no, amortizar anticipadamente el crédito. En su caso, podría llegar a condicionarse el nuevo préstamo para pagar el anterior. Respecto de la deuda con los socios, de amortizar anticipadamente el préstamo, deberán dotar o garantizar los fondos propios de una cuantía equivalente a la amortizada. Por ello, de estimarlo los Socios, puede realizarse esta operación.

DÉCIMO. Sobre la resolución del contrato de operación y mantenimiento suscrito con OP y la posibilidad de suscribir un nuevo contrato con una sociedad del grupo ABC.

Para determinar la posibilidad de resolución del contrato de operación y mantenimiento (en adelante, O&M) con Operación de Proyectos, S.L. (en adelante, OP) y los posibles riesgos que conlleva dicha resolución, se deberá estar a lo pactado en el mismo. De conformidad con el artículo 1258 del Código Civil, las partes, con el perfeccionamiento del contrato, se obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado.

Por tanto, en primer lugar, se habrá de atender a lo estipulado en relación con la terminación del contrato. HP y OP deben de haber pactado una cláusula mediante la cual se establezca la vigencia temporal del contrato, o bien los criterios mediante los cuales se pueda determinar su vigencia. En este sentido, es común tanto encontrar contratos que establezcan un periodo de tiempo durante el cual está vigente (i.e., un periodo de cinco años), así como contratos prorrogables tácitamente hasta la decisión unilateral de rescisión por una de las partes (i.e., se renueva tácitamente cada dos años salvo que alguna de las partes comunique tres meses antes la decisión de resolver el contrato tres meses). Asimismo, es común también regular las causas de terminación del contrato, estableciendo una serie de circunstancias que permitirán a las partes resolver el contrato sin tener que indemnizar por ello (i.e., por incumplimiento contractual, cambios regulatorios, cambio de control de las

sociedades intervinientes, etc). Es decir, HP deberá analizar el contrato y determinar si (i) puede rescindir el contrato en atención a su vigencia, y (ii) si en el contrato hay establecidas causas para su resolución.

En segundo lugar, se deberá atender a la existencia o no de una cláusula de resolución anticipada del contrato. Este tipo de cláusulas regulan el supuesto en el que una de las partes decida rescindir el contrato antes de su vencimiento o sin que concurran algunos de los supuestos para la terminación del mismo. Así, se puede estar ante un contrato que permita la resolución anticipada del contrato o puede consistir en un contrato que lleve aparejado una indemnización, que deberá abonar la parte que decida rescindir el contrato con anterioridad a su terminación. Asimismo, a este tipo de cláusulas pueden irle aparejadas cláusulas penales por el incumplimiento contractual. Por ello, HP deberá analizar el contrato y determinar si la resolución anticipada del contrato (i) está permitida, o (ii) conlleva una indemnización y/o activación de una cláusula penal y, en su caso, de cuánto será la cuantía indemnizatoria a efectos de lo que posteriormente analizaremos en concepto de perjuicio para la sociedad.

En tercer lugar, es necesario remitirse al artículo 1124 del Código Civil, en atención al cual, debido al incumplimiento contractual derivado de la rescisión unilateral del contrato, OP estaría facultado a exigir el cumplimiento del contrato o resolver el mismo, debiendo abonarle HP en ambos casos daños y perjuicios. Por tanto, HP podría verse obligado a cumplir con el contrato igualmente, debiendo abonar una cuantía en concepto de intereses.

Por tanto, a la resolución unilateral del contrato de O&M se detallan varios riesgos que, a su vez, pueden constituir un incumplimiento de las obligaciones del contrato de financiación. A estos extremos, es necesario remitirse al contrato de financiación, y analizar si constituye una causa de vencimiento anticipado o no. En este sentido, los contratos de financiación a veces incluyen cláusulas relativas a las obligaciones del acreditado, en este caso HP, respecto del cumplimiento de sus obligaciones contractuales o respecto del mantenimiento de la vigencia de contratos relevantes y la prohibición de resolverlos anticipadamente. De conllevar un vencimiento anticipado del contrato de financiación, cabe destacar que las cantidades vencidas serán líquidas, vencidas y exigibles.

Una vez vistos los posibles riesgos a los que se enfrentaría HP de rescindir el contrato con O&M, cabe hacer referencia a la sustitución del contrato de O&M con OP por un contrato de O&M con una sociedad del grupo de ABC. En este sentido, por la naturaleza del servicio contratado, la suscripción de este tipo de contratos se enmarca como una operación dentro del tráfico mercantil de HP. A mayor abundamiento, como no se configura como una de las competencias atribuibles a la junta general en atención al artículo 160 de la LSC, la aprobación de la suscripción del nuevo contrato corresponderá al órgano de administración, esto es, el consejo de administración de HP.

Pues bien, dado que el consejo de administración de HP está configurado por dos consejeros nombrados por ABC, cabe destacar el posible conflicto de intereses que puede derivarse de sustituir el contrato de O&M con OP por un contrato de O&M con una sociedad del grupo de ABC, siendo este último más oneroso (entendiendo en todo caso “condiciones más onerosas” como “condiciones económicas más onerosas”). Aún cuando las condiciones económicas del contrato con la sociedad del grupo de ABC se encuentren dentro del mercado, estas serán más onerosa que las condiciones económicas del contrato con OP, por lo que habría que analizar si dicho incremento en el precio atiende a una mejora de las condiciones del servicio ofrecido por el

prestador del mismo. De no existir una mejora del contrato que justifique el aumento en el precio del servicio, el contrato con la sociedad del grupo de ABC no resultaría más beneficioso para HP, por lo cual se podría estar causando un perjuicio a la sociedad. Esto iría en contra del artículo 228 apartado e de la LSC, el cual prohíbe incurrir en situaciones en las que los intereses de los administradores entren en conflicto con sus deberes para con la sociedad.

No obstante, existe un procedimiento reglado por la LSC que permite evitar dicha prohibición u obligación de no hacer. En este sentido, los dos consejeros vinculados con ABC deberán informar de ello al consejo de administración, esto es, al tercer consejero, en virtud del artículo 229.3 de la LSC. Asimismo, se deberá obtener la autorización para suscribir este contrato de la junta general (artículo 230.2 de la LSC), debiendo abstenerse en la adopción del acuerdo y de la autorización los administradores en conflicto de interés (artículo 228 apartado c de la LSC), con el fin de neutralizar el conflicto.

En conclusión, sustituir el contrato de O&M suscrito con OP por un nuevo contrato de O&M suscrito con la sociedad del grupo de ABC puede consistir en un perjuicio para la sociedad, por lo que se deberá realizar un análisis del contrato sustituto en cuestión y, de resultar perjudicante, se deberá evitar su suscripción.