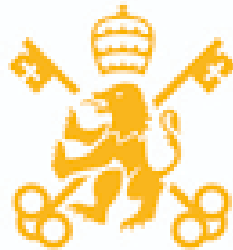


---

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS**

---



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

**ICAI**

**ICADE**

**CIHS**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**REDACTADO POR:**

RODRIGO PÉREZ GIL

**TUTORA**

D<sup>a</sup>. SARA DIEZ RIAZA

MÁSTER DE ACCESO UNIVERSITARIO A LA ABOGACÍA

10 de diciembre de 2022

## INFORME LEGAL

**De:** Rodrigo Pérez Gil

**Para:** ABC Capital EU S.A.R.L.; Hidro Power S.L.; y XYZ S.L.

**Asunto** Sobre las distintas cuestiones jurídicas planteadas respecto de la operación de adquisición de Hidro Power S.L por ABC Capital EU S.A.R.L y X.Y.Z S.L.

**Fecha** 10 de diciembre de 2022

Estimado Sr./Sra.

Mediante el presente informe legal, se procede a responder las cuestiones planteadas con respecto a la operación de adquisición objeto de análisis. En este sentido, se ha procurado dar respuesta acorde a todas las preguntas propuestas. Sin embargo, tal y como se esclarece a lo largo del documento se necesitará información adicional para poder tratar algunas de forma más precisa.

Las presentes preguntas serán tratadas en el orden de su formulación, si bien es cierto que debido a su correlación e interconexión existirán referencias de unas en otras. Por último, dicho escrito concluirá con la línea de actuación recomendada a los clientes.

Espero que el presente informe resulte claro y suficiente, quedando a la espera de sus respuestas y a su disposición para futuras aclaraciones o trámites.

Sin otro particular, se procede a dar respuesta las cuestiones planteadas.

<b>LISTADO DE ACRÓNIMOS</b>	
<b>ABC</b>	ABC Capital EU S.A.R.L
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>EFTA</b>	Asociación Europea de Libre Comercio
<b>HP</b>	Hidro Power S.L.
<b>ITPAJD</b>	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b>Los Compradores o ABC y XYZ</b>	ABC Capital EU S.A.R.L y XYZ S.L.
<b>LSC</b>	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
<b>O&amp;M</b>	Contrato de operación y mantenimiento
<b>ROFO</b>	<i>Right Of First Offer</i>
<b>ROFR</b>	<i>Right Of First Refusal</i>
<b>RRM</b>	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
<b>SEPBLAC</b>	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias
<b>Seguro W&amp;I</b>	Seguro de manifestaciones y garantías
<b>XYZ</b>	XYZ S.L.

**PRIMERA. Sobre la posibilidad de que ABC Capital EU S A R L adquiera participaciones en una sociedad española, incluyendo los formalismos y requisitos que está deberá cumplir, incluyendo remisión expresa a las normas de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.**

Con el objetivo de dilucidar la presente cuestión se atenderán a los siguientes apartados: (i) Posibilidad de que ABC Capital EU S.A.R.L. (en adelante "**ABC**") adquiera las participaciones siendo una empresa de Luxemburgo; (ii) Requisitos y formalismos en la transmisión; (iii) Confrontación con la regulación sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

#### **I. Posibilidad de que ABC pueda adquirir las participaciones siendo una empresa de Luxemburgo**

Como se estipula en el presente caso, ABC es una entidad sita en Luxemburgo, que se encuentra participada íntegramente por Global LTD (en adelante "**GLOBAL**"), sociedad con domicilio social en las Islas Vírgenes. GLOBAL, a su vez, tiene como socio único a TRUST, fideicomiso sujeto a derecho anglosajón con domicilio social en Bermudas.

En este respecto, el REGLAMENTO (UE) 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**") limita las inversiones extranjeras directas dentro de la Unión, permitiendo a los Estados Miembro estipular controles y limitaciones a las inversiones extranjeras en sus territorios.

Como ABC se encuentra participada íntegramente por una entidad con domicilio social en Islas Vírgenes, país externo a la Unión Europea y considerado como jurisdicción no cooperativa por el Estado español, sería coherente pensar que este Reglamento es de aplicación, de forma indirecta. Sin embargo, el objeto del presente reglamento, recogido en su primer artículo, supone el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea. Asimismo, en su segundo artículo, se define la inversión extranjera directa como:

*<<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>>*

En este sentido, se considera inversor extranjero a "*una persona física de un tercer país o empresa de un tercer país, que desee realizar o haya realizado una inversión extranjera directa*".

Por lo tanto, bajo la definición literal de los presentes términos, esta adquisición no se encontraría dentro del ámbito de aplicación del presente reglamento. Pese a ello, se ha de atender a la titularidad real del inversor en la sociedad española Hidro Power S.L. (en adelante "**HP**"). En este sentido, se entiende que GLOBAL es el titular real de la empresa ABC, al poseer un porcentaje mayor del 25% de la sociedad. Asimismo, GLOBAL, único accionista de ABC ejerce el control directo sobre ABC, por lo tanto, podemos considerar que el verdadero inversor en HP es una empresa extranjera, sita en un país tercero.

Considerando que es un inversor extranjero quien realiza la adquisición, deberá someter esta inversión extranjera directa a autorización en estos dos supuestos:

- (i) Cuando la inversión afecte a uno de los principales sectores estratégicos de España; o
- (ii) Cuando exista un riesgo grave de que el inversor ejerza actividades delictivas o ilegales que afecten a la seguridad pública, orden público o a la salud pública en España.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el domicilio social de GLOBAL se encuentra en las Islas Vírgenes, recogida como jurisdicción no cooperativa dentro del Anexo IV de la Disposición adicional primera y décima y disposición transitoria segunda de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (en redacción dada por Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, con efectos desde el 11 de julio de 2021).

Para que se considere a un país o territorio como jurisdicción no cooperativa se siguen los siguientes criterios:

- (i) Que no exista intercambio de información entre el país y España, sin existir normativa sobre asistencia mutua en materia de intercambio de información tributaria, de acuerdo con la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria;
- (ii) Que faciliten la celebración o existencia de instrumentos o de sociedades extraterritoriales, dirigidos a la atracción de beneficios que no reflejen una actividad económica real en dichos países o territorios; o
- (iii) Que exista baja o nula tributación.

Por lo tanto, considerando que nos encontramos ante una inversión realizada por una entidad sita en Islas Vírgenes será necesario comunicar a la autoridad competente la inversión pretendida, al existir riesgo de un delito de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo recogido en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante, "**Ley 10/2010**").

En otro orden de ideas, aunque no se atiende a la titularidad real de ABC también sería necesario obtener la autorización mencionada anteriormente. En este caso será de aplicación el régimen transitorio para inversiones realizadas por residentes de la Unión Europea o la Asociación Europea de Libre Comercio (en adelante la "**EFTA**").

Así pues, de forma transitoria desde el 19 de noviembre de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2022 se encontrarán sujetas a autorización las inversiones realizadas por residentes en países de la UE o la EFT distintos de España cuando el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10% de una sociedad española y la inversión se realice: (i) en empresas cotizadas; o (ii) empresas no cotizadas cuando la inversión supere los 500 millones de euros. A su vez, es necesario que la empresa adquirida se encuentre dentro de un sector que afecte al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública.

En cuanto al ámbito temporal, la transmisión se pretende realizar antes del 31 de diciembre de 2022, por lo que la disposición transitoria es de aplicación. Asimismo, la empresa adquirida es titular del 25% de las centrales hidráulicas de España, por lo que su

sector es el de la energía, que se encuentra inscrito dentro de los sectores en los que se necesita autorización para proceder a la autorización.

Por último, si bien es cierto que HP no es una empresa cotizada, es posible que sea de aplicación la presente disposición transitoria debido al importe de la inversión realizada. En el presente enunciado se indica que tanto ABC como XYZ S.L (en adelante "**XYZ**") pretenden adquirir el capital social de la compañía y asumir las deudas existentes con los socios.

Si bien es cierto que el valor nominal de las participaciones es un millón de euros divididos en un millón de acciones, el precio de adquisición de estas no ha de calcularse por el valor nominal, sino que se deberá de tomar en cuenta todo el patrimonio neto de la sociedad para calcular el valor de la sociedad. Se adjuntan las siguientes tablas a efectos de vislumbrar el importe mínimo de la inversión realizada por ABC y por XYZ S.L (conjuntamente los "**Compradores**" o "**ABC y XYZ**").

**Tabla 1: Porcentaje de Inversión en HP S.L**

ABC	90%
XYZ	10%

**Tabla 2: Total de inversión en HP por cada socio en euros**

	Valor Nominal	Valor Real	Deuda de socios	Total
ABC	900.000	450 M.	90 M.	540 M.
XYZ	100.000	50 M.	10 M.	60 M.
Total	1 M.	500 M.	100 M.	600 M.

Como puede verse en la *Tabla 2*, teniendo en cuenta el valor real de la inversión en el Patrimonio Neto de HP y la asunción de las deudas de los socios, la inversión de ABC supera los 500 Millones de euros, por lo que estará sujeta a autorización.

A este respecto, en ambos casos se deberá solicitar autorización que debe ser resuelta por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta de Inversiones Extranjeras. Dicha resolución será notificada a ABC dentro de los seis meses siguientes a la recepción de la solicitud de autorización. Si no existe pronunciamiento expreso se desestima la operación, al considerar el silencio como negativo. Es preciso mencionar, a su vez, que la autorización otorgada puede someterse a ciertas condiciones.

Por último, cabe destacar que si ABC efectúa la inversión sin la autorización requerida la operación carecerá de validez y efectos jurídico, considerándose esta como una infracción muy grave por la que se puede sancionar a la sociedad con una multa que puede ascender hasta el tanto económico de la operación de adquisición efectuada, siendo la multa mínima de 30.000 euros.

## **II. Requisitos y formalidades**

En el presente apartado se recogerán los requisitos y formalismos que han de llevar a cabo HP, ABC y XYZ para hacer efectiva la transmisión de la sociedad HP.

## 1. Requisitos y formalidades HP

HP es una Sociedad Limitada española, por lo que se rige por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante "**LSC**").

A este respecto y teniendo en cuenta que los estatutos sociales de HP no contienen ninguna estipulación que modifique el régimen legal, la transmisión voluntaria por acto inter vivos se rige por las reglas contenidas en el artículo 107 de la LSC.

En primer lugar, es necesario que los socios que pretendan transmitir sus participaciones lo comuniquen por escrito a los administradores, indicando: (i) el número y características de las participaciones que pretenden transmitir; (ii) la identidad de los adquirentes; (iii) el precio y (iv) la existencia de condiciones suspensivas o resolutorias para la transmisión.

Una vez recibida la comunicación los administradores someterán esta cuestión a la junta general de HP, que deberá celebrarse en un plazo máximo de tres meses desde la recepción de la comunicación. La junta sólo podrá oponerse a la transmisión si median uno de los dos siguientes supuestos:

- (i) Se presentan posibles adquirentes dispuestos a adquirir la totalidad de las participaciones ofrecidas; o
- (ii) La sociedad limitada decide adquirir sus propias participaciones en un régimen de autocartera, en la forma y los requisitos recogidos en el artículo 140 de la LSC.

En todo caso, resulta preciso recordar que todos los socios concurrentes a la junta tienen derecho de adquisición preferente, siempre y cuando el acuerdo mayoritario adoptado en la junta consistiese en no autorizar la transmisión.

Una vez llevada a cabo la junta general, es necesario que se formalice la transmisión en un plazo máximo de un mes. Si han concurrido tres meses desde el requerimiento a los administradores y no se ha efectuado la susodicha junta, el transmitente se encontrará en total libertad para transmitir sus participaciones a terceros, en este caso ABC y XYZ.

La transmisión de las participaciones ha de constar en documento público. En este sentido, la sociedad dispone de un mes a contar desde la comunicación de la identidad de los adquirentes para inscribir este documento en el Registro Mercantil y elevarlo a público.

## 2. Requisitos y formalidades ABC

Como se ha comentado en el apartado anterior, ABC necesita autorización para poder adquirir la entidad HP. Esto se debe al sector de actividad en el que se inscribe HP, siendo un sector de interés público, y a la titularidad real de ABC, al encontrarse íntegramente participada por una entidad sita en un estado tercero.

En este sentido, ABC se encuentra obligada a cumplimentar la solicitud de autorización ante la Junta de Inversiones Extranjeras, organismo que emitirá un informe ante el Consejo de Ministros, órgano encargado de autorizar tal adquisición. Si en un plazo de seis meses el Consejo de Ministros no se pronuncia sobre tal autorización se entenderá denegada por silencio negativo.

A su vez, será necesario que los Compradores presenten la oferta de adquisición ante los socios de HP que pretendan transmitir sus participaciones. Esta oferta será trasladada ante la junta general de HP en los términos mencionados anteriormente.

Por último, ABC necesitará nombrar un representante para la adquisición de HP, tal representación será objeto de mención en el segundo apartado del presente dictamen.

### 3. Requisitos y formalidades XYZ

Al igual que sucede con la entidad ABC, XYZ deberá presentar una oferta de adquisición ante los socios de HP que pretendan transmitir sus participaciones. A su vez, será necesario que nombre un representante legal para la adquisición de estas participaciones, cuestión que será tratada en la siguiente pregunta.

La principal diferencia entre los requisitos que debe cumplir XYZ, en comparación con ABC, reside en que, al ser una entidad española, la adquisición se ha de someter a la junta general, órgano que deberá aprobar tal adquisición en virtud del artículo 160 f) de la LSC, que estipula como competencia de la junta general el siguiente asunto:

*<<La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.>>*

Si bien es cierto que en el presente caso desconocemos el balance de XYZ, por lo que no podemos afirmar que tal adquisición se pueda considerar como una adquisición de activo esencial, a la hora de evitar la posible nulidad de esta operación es recomendable considerar que nos encontramos ante este supuesto y, por ende, someter tal adquisición a acuerdo en junta general. Si bien es cierto que someter este asunto a acuerdo de junta conlleva un procedimiento más lento y tedioso, la falta de información respecto al balance de XYZ hace que debamos de considerar la adquisición como esencial con el objetivo de evitar posibles impugnaciones futuras de la operación

Tal acuerdo, acorde al artículo 198 de la LSC, deberá ser adoptado por mayoría ordinaria, al no encontrarse dentro de los asuntos que se han de adoptar por mayoría legal reforzada en virtud del artículo 199 de la LSC y no recogerse ningún asunto que requiera de mayoría estatutaria reforzada dentro de los estatutos de XYZ.

En resumen, el principal requisito de XYZ ante tal operación es someter a aprobación a junta esta. Sin embargo, como se ha comentado anteriormente, no podemos saber si tal acuerdo es preceptivo o no, al no poder comparar el importe de la adquisición con el activo de XYZ.

### **III. Confrontación con la regulación de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.**

La **10/2010** es la ley encargada de evitar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo dentro del ordenamiento jurídico español.

En este sentido, el artículo primero de esta normativa establece que el objeto de esta es "la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad



*económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo."*

En cuanto a los sujetos obligados, estos se recogen en el artículo 2 de esta ley. A este respecto ninguna de las entidades recogidas en el presente caso se encuentra dentro de los sujetos obligados por esta ley, por lo que esta no es aplicable.

Pese a ello, es importante destacar que toda la información que ABC tiene que presentar a la hora de recibir la autorización del Consejo de Ministros mencionada en apartados anteriores será remitida al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante "SEPBLAC"). Al tratarse de una inversión extranjera en territorio de la Unión Europea, concretamente de una jurisdicción no cooperativa como es la de las Islas Vírgenes.

## **SEGUNDA. Sobre las formalidades que han de incluir los poderes especiales para ser admitidos ante notario**

En primer lugar, para que los poderes especiales otorgados por ABC y XYZ se consideren válidos y puedan ser admitidos ante notario deben de haberse otorgado ante notario, elevándose a escritura pública. En este sentido, con respecto al poder otorgado por XYZ no existirá ningún problema, al entender que este ha sido emitido ante notario español.

Sin embargo ABC, como entidad luxemburguesa, habrá presentado este poder especial ante notario extranjero. Al igual que el notario español, el resto de los notarios extranjeros también tienen función de fedatarios públicos, por lo que resguardan la legalidad de los actos que se celebren ante ellos. Por todo ello, un poder otorgado ante un notario extranjero es válido en España siempre y cuando se legalice debidamente con la Apostilla de la Haya.

El trámite de apostilla consiste, en este caso, en colocar sobre el documento público de representación especial una apostilla o anotación que certifica la autenticidad de la firma de los documentos públicos que se hayan expedido en un país que haya ratificado el II Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. A este respecto, tanto Luxemburgo como España son estados firmantes de este convenio.

Asimismo, será necesario que el documento emitido se encuentre traducida a uno de los idiomas oficiales de España. Para ello, será necesario realizar una traducción jurada

A su vez, cada poder especial debe incorporar los siguientes apartados:

- (i) Lugar y fecha en la que se otorga;
- (ii) Identificación de las personas que otorgan el poder o la representación del otorgante;
- (iii) Identificación de las personas que reciben el poder; y
- (iv) Tipo de poder que se concede, en este caso el poder especial para ejercer la adquisición.

Por último, resulta necesario recordar que el poder ha de ser acompañado de una copia de documento de identidad de los intervinientes.

### **TERCERA. Sobre las formalidades adicionales a cumplimentar. Autorización necesaria de la CNMC**

Hidro Power S.L o HP es una entidad titular de 25% de las centrales hidráulicas operativas en España. Por lo tanto, es una entidad que inscribe su actividad dentro del sector eléctrico, regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante "**Ley 24/2013**"). Por todo ello, HP lleva a cabo actividades reguladas, al ser titular de centrales hidráulicas, tal y como se recoge en el artículo 21 de la Ley 24/2013, en relación con su artículo 22.

En este sentido, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante "**Ley 3/2013**") en su disposición adicional novena establece que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha de conocer la toma de participaciones en sociedades que operen en el mercado de energía.

Por todo ello, es necesario que HP comunique a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico la adquisición de participaciones que conceda una influencia significativa en su gestión, lo que ocurre en el caso en el que nos encontramos.

Por último, si se considera que ABC no es una empresa de un estado miembro, al encontrarse íntegramente participa por GLOBAL, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo puede establecer condiciones relativas al ejercicio de la actividad, si considera que existe amenaza real y grave para la garantía de suministro de electricidad.

En resumen, antes de concluir la compraventa de participaciones y la transmisión de la sociedad es necesario que HP comunique la transmisión de sus participaciones a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico

A su vez, al presente informe se adjunta el Anexo I con el *step plan* que los Compradores han de llevar a cabo para realizar la presente adquisición.

### **CUARTA. Sobre la suscripción de un pacto parasocial y contenido de este.**

En el seno de las Sociedades de Capital existen dos formas en las que los socios pueden establecer una regulación interna para sus relaciones: (i) mediante los estatutos sociales; o (ii) mediante un pacto parasocial entre socios.

Los estatutos sociales constituyen las normas que rigen el funcionamiento interno de cualquier sociedad, desde los derechos y obligaciones de los socios hasta las funciones del Consejo de Administración. Su importancia para cada sociedad implica que sus procesos de alteración sean tediosos y se encuentren recogidos en la LSC, exigiendo la aprobación en junta general. Además, el contenido de estos estatutos ha de ser inscrito en el registro mercantil, siendo público. Por todo ello, no parece conveniente regular las cuestiones contenidas en la presente cuestión mediante este instrumento.

Así pues, en el presente punto, se tratará la posible suscripción de un pacto de socio entre los Compradores, con este objetivo se explicará la figura, incluyendo sus características principales, su contenido y concluyendo con una reflexión sobre la mejor estrategia empresarial en este supuesto.

## I. Caracteres generales de los pactos parasociales

Los pactos de socios o acuerdos extraestatutarios (en adelante "**pactos parasociales**") son acuerdos adoptados entre todos o algunos de los socios de las sociedades de capital con el objetivo de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales o estatutarias por las que se rige su relación.

Dentro de estos pactos parasociales existen dos tipos:

- (i) Pactos omnilaterales: que afectan a todos los socios; y
- (ii) Pactos unilaterales: que afectan solo a los socios firmantes

La funcionalidad principal de los pactos parasociales reside en el desarrollo y la inclusión de ciertos asuntos internos que no son reguladas en los estatutos de una sociedad. Conforme al principio general de libertad de pacto, por el que se rige el desarrollo de los acuerdos dentro de las sociedades de capital, se permite que los pactos incorporen la regulación de ciertas cuestiones, con el objetivo de preservar la privacidad del ente y permitir mayor flexibilidad en la toma de decisiones corporativas.

En relación con la flexibilidad, mencionada anteriormente, es preciso recordar que en ocasiones carece de sentido que los estatutos sociales, sujetos a inscripción en el Registro Mercantil y de carácter público, contengan ciertas cuestiones de carácter privada o interna. Cuando se inscriben los estatutos sociales en el Registro Mercantil se realiza una revisión de estos. En este sentido, su modificación puede resultar ardua, al existir un procedimiento tasado para que esta se lleve a cabo. En contraposición, los pactos parasociales, al ser de carácter interno y privado, permiten una modificación más rápida y acorde a la celeridad predominante en el tráfico mercantil.

Asimismo, la confidencialidad de estos pactos evita dar publicidad a ciertas relaciones internas entre los socios, que carecen de relevancia para terceros. Pese a ello, es preciso recordar que en las Sociedades Cotizadas se exige que los pactos societarios omnilaterales tengan publicación registral, con el objetivo de cumplir los requisitos de transparencia a los que se acogen estas entidades. Sin embargo, HP es una Sociedad Limitada, por lo que no será obligatoria la inscripción de estos pactos en el registro.

En cuanto a la eficacia organizativa de los pactos parasociales, el principio general de estos es la no integración en el ordenamiento de la persona jurídica. En este sentido, tales pactos quedan privados de la eficacia organizativa del contrato de la sociedad, no teniendo eficacia *erga omnes*. Este hecho resulta relevante en relación con la posible propagación de las cláusulas contenidas en estos a los miembros y órganos de la persona jurídica, incluyendo posibles nuevos socios o administradores.

En este orden de ideas, no resulta posible utilizar los instrumentos de *enforcement* dentro de la sociedad para sancionar su incumplimiento. Los socios no pueden hacer efectivos los pactos parasociales frente a la sociedad ni viceversa. Por lo tanto, los actos que contravengan un pacto parasocial son válidos y eficaces, incurriendo en un mero incumplimiento contractual.

Por otro lado, los pactos parasociales no son revisados, al no ser registrados en el Registro Mercantil. Este hecho implica, como ya se ha mencionado, su no oponibilidad frente a posibles terceros adquirentes de participación en la sociedad.

Para reforzar los mecanismos de protección propios de los pactos parasociales existen ciertos mecanismos de *enforcement* del derecho societario. La fórmula clásica que se utiliza para asegurar que los nuevos entrantes se adhieren al pacto y no puedan alegar desconocimiento es crear una prestación accesoria consistente en que todos los nuevos socios deben adherirse al pacto parasocial. Con la prestación accesoria lo que se consigue es sobrepasar la mera eficacia *inter pares* propia de la figura del pacto parasocial. Consecuentemente se consigue que el pacto sea oponible frente a los nuevos socios o socios futuros que puedan existir. Ahora bien, frente a la sociedad la única forma de conseguir la oponibilidad es incluyendo a esta dentro del pacto como firmante. Pese a ello es cierto que, en este tipo de pactos, no es tan relevante que la sociedad sea parte también porque como lo han redactado todos los socios, éstos dispondrán de mecanismo de *enforcement* propios del Derecho contractual para exigirse mutuamente el cumplimiento del pacto-

## II. Contenido de los Pactos parasociales

Sobre el contenido de los Pactos parasociales, se plantea la siguiente cuestión, ¿Es posible utilizar la figura de un pacto parasocial para recoger cuestiones que no se pueden prever en estatutos, bien sea por su falta de legalidad o por su no inclusión dentro de la LSC?

En un primer lugar, la inclusión de este contenido supondría una contravención del artículo 1255 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante "**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*".

El artículo 1255 del Código Civil recoge los límites fundamentales al principio de libertad de partes dentro de estos pactos, por lo tanto, en principio parece lógico considerar que un pacto parasocial que incluya cláusulas no incluibles en los estatutos sociales es inválido. Sin embargo, en el tráfico mercantil es común encontrarse pactos parasociales que contravienen formalmente o en apariencia las disposiciones contenidas en la LSC. Para salvar esta posible ilegalidad de los pactos parasociales contrarios a la ley existen dos vías:

- (i) Alegar que los pactos parasociales producen efectos jurídicos distantes a los Estatutos sociales, al tener efectos *inter pares*; o
- (ii) Entender que las disposiciones comprendidas dentro de la LSC son dispositivas, teniendo eficacia en caso de inexistencia de pacto entre las partes.

Por consiguiente, atendiendo a la segunda vía, los pactos parasociales tienen límites mucho más laxos y extensos que los estatutos sociales. Sin embargo, cierta doctrina considera que dentro de la LSC se ha de realizar la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas. Las normas imperativas no pueden ser contravenidas por pacto, siendo de obligado cumplimiento. Por el contrario, las normas dispositivas sí que pueden ser objeto de contravención. En este sentido, los pactos parasociales están sometidos a estos tres límites:

- (i) Se permite pactar todo el contenido que se permitiría pactar en las Sociedades Colectiva. Solo se encontrará prohibido el pacto sobre las cláusulas prohibidas para el tipo social más flexible;

- (ii) Los pactos parasociales no pueden ser indefinidos salvo que permitan un mecanismo de separación o resolución del contrato. Por lo tanto, es nulo de pleno derecho el pacto parasocial que no incluya una cláusula sobre posible separación o resolución del contrato;
- (iii) Si se pacta la elección del órgano de administración, como puede ocurrir en este caso, estos administradores no quedan vinculados al pacto una vez han sido elegidos. Los administradores tienen un deber de lealtad y administración frente a la sociedad, por lo que estos no pueden quedar vinculados por un Pacto parasocial que establezca la forma en la que deben votar para adoptar los acuerdos en el seno de órgano de administración; y

Una vez delimitado el contenido que pueden tener los pactos parasociales, se atenderá a las cláusulas que debe contener este pacto entre las empresas ABC y XYZ, con el objetivo de velar por ambos Compradores.

#### 1. Clausula o pacto de prevalencia

Esta cláusula se suele incluir en todos los pactos parasociales. Básicamente se estipula que en caso de contradicción entre estatutos y este pacto prevalecerá el pacto frente a aquellos.

En este sentido, dicha cláusula supone la salvaguarda de lo estipulado en el pacto, con el objetivo de evitar su inaplicación ante posibles confrontaciones. Sin embargo, es preciso recordar que, con carácter general, los estatutos sociales de una compañía se redactan de forma general, para evitar que cualquier modificación de la estructura societaria tenga que ser realizada siguiendo los trámites, a veces engorrosos, recogidos para estas modificaciones estatutarias.

Por ejemplo, con respecto al órgano de administración, resultará conveniente recoger en los Estatutos, de forma generalista, que el órgano de administración de la sociedad HP podrá tomar la forma de un Consejo de administración, administración mancomunada o administrador único, estipulándose el órgano de administración específico mediante los pactos parasociales.

A este respecto, en el presente caso se indica que ABC y XYZ tienen la intención de incorporar un Consejo de Administración formado por tres consejeros. En este consejo dos de los consejeros serán nombrados por ABC y el restante por XYZ. Esta cuestión será objeto de mención en el "apartado V".

#### 2. Cláusulas de salvaguarda para el socio minoritario

En el presente supuesto mientras que ABC adquirirá una mayoría de control del 90% de HP, XYZ solo adquirirá el 10% restante, siendo socio minoritario de HP.

Así pues, resulta trascendente atender al control de la dilución de participación del socio minoritario, recogiendo instrumentos que permitan a XYZ vetar la dilución de sus participaciones. Si bien es cierto que en las sociedades limitadas la adquisición de participaciones por terceros ha de ser aprobada en junta general, como ABC dispone de la mayoría de control, será recomendable estipular un derecho de adquisición preferente o veto por parte de XYZ, con el objetivo de evitar que en futuras ampliaciones de capital dineraria vea su porcentaje de participación reducido.

En este sentido, el pacto parasocial puede incluir disposiciones sobre futuras financiaciones para la sociedad HP, es decir, el socio minoritario XYZ considerará conveniente que la futura financiación se lleve a cabo mediante financiación ajena, incluyendo financiación bancario autofinanciación por parte de los socios. De este modo, la entidad adquirirá fondos propios para llevar a cabo sus actividades sin que se vea modificado el capital social y por ende su porcentaje de participación en la sociedad.

En resumen, con el objetivo de evitar una posición de dominancia de ABC, en el pacto parasocial se podrán recoger las siguientes cláusulas:

- (i) pacto sobre las mayorías necesarias: Se puede pactar que en los acuerdos sea necesaria la unanimidad, lo que paralizaría la sociedad; y
- (ii) Estipular ciertas materias que requieran un porcentaje de consentimiento distinto del general, por ejemplo, el voto favorable de un socio en concreto, una mayoría del 95%, etc.

En resumen, es recomendable recoger una lista de materias tasadas en las que el porcentaje de voto será modificado, incluyendo el porcentaje necesario y si existe derecho de veto. Sin embargo, no resulta lógico estipular la necesidad de unanimidad para la adopción de todos los acuerdos.

Recordemos que nos encontramos ante una sociedad mercantil, que necesita celeridad y eficacia en su gestión para poder actuar en el tráfico mercantil actual. A este respecto, exigir unanimidad para cualquier adopción de la junta general provocará una paralización de la sociedad y un estancamiento en la toma de decisiones por la Junta, hecho que perjudicará en gran medida el buen hacer de esta.

Por lo tanto, con el objetivo de que XYZ pueda participar en la toma de decisiones en HP, será recomendable incluir un derecho de veto sobre determinadas materias y, a su vez, estipular la necesidad de mayorías reforzadas para ciertos asuntos, como la aprobación de las Cuentas anuales, los contratos con los Socios y demás materias.

### 3. Cláusula sobre los puestos de gestión de la sociedad

En el presente caso se recoge como punto fundamental de la transacción el hecho de que XYZ tiene gran experiencia en la gestión de empresas como HP. En este sentido, se prevé que XYZ sea la encargada de la gestión diaria de HP.

Con este objetivo, en el pacto parasocial que se suscriba es recomendable añadir una cláusula relativa a los puestos de gestión, incluyendo qué entidad tiene derecho a nombrar al personal directivo de la entidad. En el presente caso, dadas las circunstancias específicas, tiene sentido que se otorgue esta facultad de nombramiento a XYZ, ya que será la encargada de gestionar operativamente a HP.

### 4. Clausula sobre derechos de información

Otra cláusula que se deberá de incluir en el pacto parasocial entre los Compradores es la relativa a derechos de información. Ya que la gestión de la sociedad recaerá sobre ABC, quien designara a los directivos de la sociedad, incluyendo el Chief Economic Officer (CEO) y el Chief Technical Officer (CTO), es recomendable que se establezca una cláusula sobre la información que se ha de aportar a XYZ, incluyendo información sobre ventas, el presupuesto de la entidad y posibles contingencias.

## 5. Cláusulas sobre transmisibilidad

Por último, es recomendable que los Compradores estipulen ciertas cláusulas en relación con la posible transmisión futura de las participaciones de HP. En este sentido, las opciones de las que disponen, entre otras, son las siguientes:

### A. Opción de venta PUT

La opción de venta europea o PUT es un contrato que concede a su titular el derecho a vender un activo, al precio que se estipule, desde la fecha de la firma y hasta su vencimiento (opción americana) o en ese mismo momento (opción europea).

En el presente pacto parasocial, esta cláusula consiste en la concertar la venta de las participaciones de un socio a un precio determinado. En el presente caso, para velar por los intereses de XYZ, socio minoritario, sería recomendable incluir esta cláusula, en la que ambos socios fijen el precio de venta.

### B. Cláusulas *Drag-along* y *Tag-along*

El "derecho *drag along*" o derecho de arrastre es el mecanismo que tiene como finalidad proteger los intereses de los socios mayoritarios. Este mecanismo permite exigir a los socios minoritarios la enajenación de su participación accionaria en la sociedad, cuando los compradores tengan como propósito la adquisición de la totalidad de las acciones en circulación con el fin de tener el control total de la sociedad.

Dicho mecanismo asegura que la venta de participaciones se realice en las condiciones pactadas y de manera adicional otorga al socio minoritario la igualdad de condiciones que las que ostenta el socio y/o accionista mayoritario.

En este caso, es posible que los socios minoritarios vean desprotegidos sus intereses por lo que posiblemente pudieran solicitar se realice una revalorización de sus acciones antes que se efectúe la enajenación, lo cual podría generar un conflicto entre las mayorías y las minorías, por lo que un mecanismo comúnmente utilizado para mitigar el conflicto mencionado es la incorporación a los estatutos de la sociedad de una cláusula denominada comúnmente "Derecho preferente en la compra - venta de acciones".

Por el contrario, el derecho *tag along* o derecho al acompañamiento es aquel mecanismo que tiene como finalidad proteger los intereses de los accionistas minoritarios mediante el otorgamiento del derecho a enajenar su participación accionaria en la sociedad, cuando algún socio y/o accionista mayoritario decida enajenar su participación accionaria. Dicho acto permite al socio y/o accionista minoritario poder unirse a la transacción bajo las mismas condiciones que el accionista mayoritario que vende.

En dichos casos, es obligación del socio mayoritario, en este caso ABC, comunicar a los socios y/o accionistas minoritarios la existencia de un comprador, así como las condiciones de negociación y de compra, con el objetivo de que el socio y/o accionista minoritario tenga la opción de enajenar su participación accionaria con base en las condiciones presentadas al mayoritario y facilitar la operación.

En el presente caso, para evitar confrontaciones entre los socios es recomendable no incluir estas cláusulas dentro del pacto parasocial.

### C. *Lock up*

La cláusula *lock up* trata de evitar la transmisión de las participaciones de la sociedad por un tiempo determinado. La cláusula *lock up* sirve, por tanto, para vetar la transmisión de una parte o el total de las participaciones a terceros. El periodo más habitual de *lock up* es de 3 a 5 años.

Es recomendable que esta cláusula esté vinculada a una penalización para el socio incumplidor. Esta penalización puede ser una sanción económica o una opción de compra a favor de los socios no incumplidores.

En este caso, para preservar el buen hacer de la entidad HP es recomendable establecer esta cláusula de *Lock up*, limitando la transmisibilidad de las acciones por un plazo de tres años.

### D. ROFO y ROFR

Mientras que la cláusula ROFO "*Right Of First Offer*" supone un derecho de primera oferta, es decir, otorga al titular del derecho poder realizar una oferta por las participaciones sociales antes que ningún otro tercero, la cláusula ROFR "*Right Of First Refusal*" es lo que se conoce en el ordenamiento jurídico español como el derecho de adquisición preferente.

El ROFR tiene una desventaja frente al ROFO, ya que convierte la venta en muy ilíquida. En este caso, si se prevé la salida del socio minoritario sería aconsejable estipular una cláusula ROFO para que ABC pudiese efectuar la primera oferta por las participaciones de este.

### E. Clausulas para evitar el *Dead-lock*

El "*Dead-lock*" es una situación de bloqueo societario derivada de un conflicto entre los socios. En este sentido será interesante acordar mecanismos para evitar y buscar soluciones ante esta situación. Por ejemplo, sería recomendable someter los conflictos ante mediación, designando en esta cláusula el mediador y el procedimiento a adoptar.

## III. Conclusiones

A lo largo del presente apartado se ha tratado la posibilidad de adoptar un pacto parasocial para regular ciertas materias entre los Compradores. En este sentido, podemos concluir que es recomendable adoptar tal pacto parasocial.

En concreto, creemos conveniente que se traten las siguientes materias y se incorporen las siguientes cláusulas:

- (i) Pacto de prevalencia del acuerdo parasocial;
- (ii) pactos sobre mayorías necesarias en atención al nombramiento del Consejo de Administración;
- (iii) Delegación del personal directivo a ABC;
- (iv) Cláusula sobre el derecho de información de XYZ (Obligación de remitir la información en un plazo conveniente, incluyendo presupuestos, estrategia de la compañía y otra información relevante;



- (v) Cláusula *Lock up* de tres años, impidiendo la transmisión de las participaciones de ambos socios; y
- (vi) Cláusula ROFO en favor de XYZ, para el caso de que ABC quiera vender su porcentaje de participación

En el siguiente apartado se tratará la necesidad de inscribir este pacto en el Registro Mercantil y su posible conveniencia acorde a lo anteriormente mencionado.

#### **QUINTA. Sobre la posible inscripción del pacto parasocial en el Registro Mercantil**

Como se ha comentado en la anterior pregunta, los pactos parasociales son acuerdos *inter pares*, es decir, solo afecta a las partes que suscriban este acuerdo.

Sin embargo, para conseguir que estos tengan efectos *erga omnes* o frente a terceros y evitar su futura perturbación es posible inscribir estos en el Registro Mercantil. Con esta inscripción se consigue otorgar publicidad al pacto, permitiendo que este sea oponible frente a terceros.

Pese a ello, solo serán inscribibles los pactos parasociales que no contravengan las leyes o los principios configuradores del tipo social elegido, tal y como se establece en el artículo 28 de la LSC. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante "**DGRN**") ha denegado varias inscripciones de estos pactos cuando el contenido de los pactos contravenía lo dispuesto en los estatutos sociales o regulaba aspectos que, bajo el prisma de la Ley de Sociedades de Capital, debían ser regulados en los estatutos social.

Un ejemplo de estas denegaciones es la resolución de 24 de marzo de 2021, en la que se deniega la inscripción del pacto parasocial en el que se establece que los administradores podían ser cesados por mayoría de dos tercios. En este caso, se deniega este pacto al entender que esta mayoría ha de ser inscrita en los estatutos de la compañía.

En resumen, un acto solo puede ser inscribible en el registro si es relativo a la sociedad, inscribiéndose en un folio abierto de la sociedad. Por todo ello, no vale con que el pacto parasocial sea unilateral para poder inscribirlo en el Registro Mercantil si este contraviene los estatutos o disposiciones legales imperativas como la LSC.

En consecuencia no se permite inscribir este pacto en el Registro Mercantil, solo pudiéndose inscribir los protocolos familiares que se ejecuten mediante un acuerdo social.

Con respecto a la posible estructuración del derecho de cada uno para nombrar determinados administradores y que este pueda acceder al registro, lo más conveniente será la redactar los estatutos de una forma genérica en lo que respecta a como se organizará el órgano de administración de la sociedad.

De este modo, el pacto parasocial suscrito no contravendrá lo dispuesto en los estatutos, funcionando como una mero complemento y aclaración, por lo que será inscribible en el Registro Mercantil, al no contravenir ni los estatutos ni las disposiciones imperativas de la LSC.

#### **SEXTA. Sobre la inclusión de una cláusula de "manifestaciones y garantías" en relación con contingencias fiscales por IVA**

Con el objetivo de atender a esta cuestión, se dividirá esta en los siguientes apartados: (i) Definición y concepto de la cláusula de "manifestaciones y garantías"; (ii) funcionamiento en el caso actual; y (iii) posibles alternativas.

## **I. Definición y caracteres de la cláusula de "manifestaciones y garantías"**

La cobertura de "manifestaciones y garantías" es una figura importada del ordenamiento jurídico anglosajón que contiene una serie de declaraciones realizadas por ambas partes en un contrato de adquisición de empresas. Estas cláusulas pueden referirse a cualquier elemento que se esté negociando dentro de ese proceso de adquisición, bien sean hechos pasados, presentes o futuros.

En cuanto a su funcionamiento, esta cláusula de "manifestaciones y garantías" recoge un régimen indemnizatorio que han pactado previamente las partes. Es decir, si se demuestra la falsedad de alguna de las manifestaciones realizadas, normalmente por el vendedor, la contraparte tendrá derecho a percibir la indemnización pactada.

Con carácter general, la parte que realiza estas "manifestaciones y garantías" es el vendedor en favor del comprador, ya que es este quien ha de confirmar y responsabilizarse de que la empresa que está vendiendo se encuentra en la situación indicada. Consecuentemente, podemos afirmar que estas cláusulas sirven para disminuir la asimetría de información que tienen vendedor y comprador.

En contraposición, pese a que no es habitual el comprador también puede emitir estas "manifestaciones y garantías". Esta inclusión se da cuando el vendedor pretenda garantizar el cumplimiento de las obligaciones del adquirente, solicitando información acerca de la solvencia del adquirente, por ejemplo.

Con respecto al momento de la inclusión de estas, se pueden incluir en diversos momentos del proceso contractual de adquisición de empresas, bien sea en la carta de intenciones, en el contrato de compraventa firmado por las partes o en la escritura pública posterior a la celebración del contrato.

En resumen, el régimen de responsabilidad asociado a la cláusula de "manifestaciones y garantías" es un mecanismo esencial de adquisición de empresas, ya que permite evitar la asimetría en la información y evita la posible vulneración de los intereses del comprador. A su vez, este mecanismo permite trasladar riesgos de la operación al vendedor, obligándole a responder por la aparición de contingencias no manifestadas en el proceso de venta de su entidad.

En concreto, en el caso actual se pretende cubrir una posible contingencia fiscal de IVA mediante esta cláusula. Por todo ello, entendemos que el vendedor IESA se compromete a responder por el importe de IVA devengado impagado que pueda ser reclamado por la Agencia Tributaria una vez llevada a cabo esta operación.

## **II. Funcionamiento en el caso actual**

Como ya se ha comentado en el apartado anterior, entendemos que dicha cláusula cubrirá los perjuicios causados por posibles inspecciones fiscales futuras en las que se reclame el pago de una cantidad de IVA devengado impagado.

En sentido, es relevante recordar que el vendedor, IESA, no tiene más activos en su balance aparte de su participación en HP. Por ello, en el caso en el que se active dicha cláusula por la aparición de la contingencia, IESA no tendrá patrimonio con el que responder y es bastante posible que los compradores no puedan recuperar e importe pagado por estas contingencias

Por lo tanto, en el presupuesto actual una simple cláusula de "manifestaciones y garantías" no sería suficiente para cubrir los intereses de los compradores.

### III. Posibles alternativas

Entre las posibles soluciones para evitar perjuicios a ABC y XYZ, entendemos conveniente adoptar alguna de estas soluciones: (i) seguro de cobertura de manifestaciones y garantías; (ii) Seguro de caución o aval bancario a primer requerimiento; (iii) Clausulas de responsabilidad subsidiaria; (iv) *Earned-out* o precio variable; o (v) garantías personales de los socios de IESA.

#### 1. Seguro de cobertura de manifestaciones y garantías "W&I".

El seguro de manifestaciones y garantías, conocido también como *Warranty & Indemnity Insurance* o "W&I" (en adelante "**seguro de manifestaciones y garantías**" o "**seguro W&I**") cubre la responsabilidad del vendedor en el supuesto de incumplimiento de las manifestaciones y garantías por éste otorgadas en beneficio del comprador en relación con la situación de la sociedad en el momento de la firma del contrato de compraventa.

Este tipo de seguros están siendo cada vez más utilizados en las operaciones de M&A, pudiendo ser contratado por el vendedor o el comprador. Si el tomador del seguro es el comprador, suele reducirse el importe del precio de compra de la sociedad. En cuanto al precio de este, el importe de la prima suele oscilar entre el uno por ciento y el dos por ciento de la responsabilidad máxima que se cubra por el seguro.

En este sentido, el seguro W&I es una gran alternativa para asegurar que IESA pague en caso de incumplimiento. Así pues, como IESA es una sociedad sin patrimonio, resultará complicado que los socios de esta estén dispuestos a otorgar garantías a título personal. Por ello, resultará positivo para ambas partes asegurar el cumplimiento de estas manifestaciones externalizando el posible pago del siniestro acaecido a una aseguradora.

Con respecto a sus coberturas y exclusiones, con carácter general se cubre la responsabilidad del vendedor derivada del incumplimiento de las manifestaciones y garantías otorgadas en el contrato de compraventa por el vendedor.

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

- los hechos ya conocidos o revelados;
- los daños por fraude o falsedad del asegurado;
- las obligaciones del vendedor distintas a las manifestaciones y garantías; o
- algunos ámbitos de responsabilidad específicos del vendedor ya sean por blanqueo de capitales o posibles daños medioambientales

En cuanto a las principales ventajas de este seguro, se permite al vendedor excluir su responsabilidad frente al comprador una vez se ha cerrado la operación, obteniendo íntegramente el precio de compraventa convenido y evitando futuros riesgos.

Para el comprador, la ventaja más significativa es la indemnización directa del daño por parte de la aseguradora, sin tener que depender de la solvencia del vendedor tras el cierre de la operación.

Así, este tipo de seguros es especialmente útil en este proceso, ya que la solvencia de IESA no se encuentra garantizada. Pese a ello, será necesario que en la contratación de este seguro se incluyan los daños derivados de contingencias fiscales, que pueden haber sido excluidos entre los siniestros asegurados.

## 2. Seguro de caución o aval a primer requerimiento

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante "**Ley de contrato de seguro**") regula en su artículo 68 la figura del seguro de caución. A este respecto, el seguro de caución supone un tipo de seguro en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado por los perjuicios que sufra si el tomador del seguro incumple con las obligaciones contractuales o legales que tenga frente a este.

Es preciso destacar que el pago hecho por el asegurador será reembolsado posteriormente por el tomador del seguro. Por ello, este seguro de caución funciona como una garantía de cumplimiento con las obligaciones del tomador.

En el presente caso, el tomador de este seguro sería la entidad IESA, siendo los asegurados los Compradores.

En relación con el aval bancario, supone una figura similar al seguro de caución. Supone una garantía que una entidad financiera entrega a favor del solicitante, en este caso IESA, convirtiéndose en un avalista que responderá por IESA en caso de que esta entidad no pueda efectuar el pago por el incumplimiento.

Consecuentemente, será beneficioso para los Compradores compeler a IESA a contratar este aval a primer requerimiento. El primer requerimiento implica que cuando ABC o XYZ exijan el pago de la indemnización por las contingencias fiscales, la entidad bancaria o la entidad financiera, en el caso del seguro de caución, se encuentran obligadas a abonar el importe, sin importar cualquier manifestación que haga IESA.

Como puede verse, la contratación de estas garantías permitiría a los compradores evitar posibles impagos de IESA. Pese a ello, es posible que IESA se niegue a incluir esta obligación dentro del contrato de compraventa, al implicar mayores costes en la transacción.

A su vez, al no tener más activos que los mencionados, es bastante probable que se deniegue el aval bancario o el seguro de caución mencionados, ya que existe un riesgo de impago por parte de IESA relevante.

## 3. Cláusula de responsabilidad subsidiaria

La última opción para evitar el impago de la indemnización convenida entre IESA y los compradores pasa por incluir en el contrato de compraventa la responsabilidad subsidiaria de los socios de IESA.

Bajo esta cláusula se recogerá que, en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, en primer lugar, responderá la sociedad IESA y de no ser así responderán sus socios, facultando a los compradores a actuar contra cualquiera de ellos con la posible repetición de este frente al resto.

Como es bien conocido, los socios responderán de forma mancomunada, respondiendo en proporción con el porcentaje de la sociedad IESA que ostentasen en el momento de la formalización de la compraventa.

Esta cláusula evita la intermediación de terceros, que ocurre en los otros casos. Pese a ello, es bastante improbable que los socios de IESA accedan a responder subsidiariamente de su incumplimiento.

#### 4. *Earned-out* o precio variable

Otra opción que plantear reside en realizar una retención en el precio o *Hold back amount* hasta que prescriba la contingencia fiscal existente. La retención en el precio consiste en dilatar cierta parte del precio de la adquisición hasta que se entienda que la contingencia existente no va a repercutir en los compradores.

Así pues, en el presente caso, a la fecha de cierre de la operación o *closing date* los Compradores pagarán el precio convenido excepto la provisión acordada por estas contingencias.

En el presente caso la contingencia es de índole fiscal, por lo que prescribe a los cuatro años. Por lo tanto, es preciso que en la cláusula del precio de la operación se recoja este retraso en el pago.

#### 5. Garantías personales de los socios de IESA

Por último, los Compradores, en las negociaciones con IESA, pueden proponer que los socios de esta aporten garantías personales por el importe de la contingencia. Así, en caso de que la contingencia fiscal devenga en un perjuicio para los Compradores estos podrán repercutir tales daños a los socios de IESA.

### **IV. Conclusiones**

Con lo visto anteriormente, podemos concluir que la inserción de una cláusula de manifestaciones y garantías es conveniente si no obligatoria para los intereses de ABC y XYZ, sobre todo teniendo en cuenta la situación de la entidad vendedora de HP.

Pese a ello, como IESA no tiene más activos que los mencionados existe un gran riesgo de impago. Consecuentemente, ABC y XYZ necesitan proveerse de un mecanismo de salvaguarda ante este posible impago.

Hemos destacado cinco posibilidades, todas ellas válidas y eficaces en diferentes situaciones. Pese a ello, en el caso actual entendemos que sería más beneficioso para los

compradores la suscripción de un seguro W&I, eso sí solicitando una disminución del precio de adquisición por la necesidad de suscribir este seguro.

En relación con los seguros de caución o el aval a primer requerimiento, entendemos que al no existir más activo dentro de IESA, va a ser altamente complicado que una entidad bancaria o una aseguradora acceda a ofrecer y otorgar estos productos. Más aun, de ser ofrecidos, entendemos que serán muy costos y conllevarán a una pérdida demasiado cuantiosa para el vendedor, que obviamente intentará repercutir en el precio de compra de HP.

Atendiendo a la posible cláusula de responsabilidad subsidiaria de los socios de IESA, es claro que ningún socio racional accederá a responder subsidiariamente por un incumplimiento en esta operación de compraventa, al estar comprometiendo su patrimonio personal. Asimismo, este mecanismo resultaría más tedioso para los compradores que los anteriores mencionados, al tener que requerir a personas físicas o jurídicas privadas el pago de esta indemnización y no a entidades reguladas cuya actividad es esa.

Por último, en relación con el *earned out* o precio variable, pese a que es una buena alternativa para evitar que los Compradores adquieran la sociedad por un valor mayor al real de esta, no cubre los posibles daños que estos puedan sufrir, por lo que si la contingencia fiscal concluye en un perjuicio para estos sus riesgos no quedarían asegurados

### **SEPTIMA. Sobre la posible financiación de la operación de compraventa en base al patrimonio de HP**

La siguiente cuestión por tratar versa sobre la posibilidad de financiar la adquisición realizada por los Compradores mediante la disposición del patrimonio de la entidad adquirida. En consecuencia, se tratará esta posibilidad y se otorgarán alternativas a esta financiación.

#### **I. Posibilidad de financiar la adquisición con el patrimonio de HP**

En el presente apartado se atenderá a la posibilidad de utilizar el importe existente en la caja de HP para pagar el importe de la adquisición realizada conjuntamente por ABC y XYZ.

A este respecto, nos encontramos ante una limitación legal contenida en el segundo apartado del artículo 143 de la LSC, en el cual se establece lo siguiente:

*<< 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.>>*

Conforme a lo mencionado en este artículo de la LSC nos encontraríamos ante un supuesto de asistencia financiera, definida en la Real Academia Española como la "*anticipación de fondos, concesión de préstamos, dación de garantías o, en general, facilitación por la sociedad a un tercero para la adquisición de sus acciones, o de acciones o participaciones de otra sociedad del grupo.*"

En este sentido, se puede entender como operación de asistencia financiera a cualquier negocio a través del cual la sociedad, en este caso HP, ayuda financieramente a un tercero, en este caso ABC y XYZ, a adquirir sus propias participaciones sociales.

Consecuentemente, el negocio que se encuentre dentro de esta descripción de asistencia financiera es un negocio *contra legem*, siendo nulo de pleno derecho, tal y como se establece en el artículo 6.3 del CC. Esta nulidad no se extiende al negocio de adquisición, siendo solo nulo el negocio de financiación.

Por todo ello, no es posible que HP pague a los socios o realice un préstamo en favor de estos bajo la premisa de financiar la adquisición de ABC y XYZ, al encontrarnos ante un presupuesto de asistencia financiera.

Pese a ello, si se pretende evitar que ABC y XYZ desembolsen el importe de la compraventa, consideramos conveniente la siguiente alternativa.

La compraventa con precio aplazado, como su nombre indica, es un supuesto de compraventa en la que se difiere el pago total o parcialmente. Este retraso en el pago, puede conllevar intereses de demora, dependiendo de lo que pacten las partes bajo su libre voluntad.

Así pues, esta compra con precio aplazado es muy común en la adquisición de empresas, en las que, con carácter general, se incluye una cláusula incorporando el pago aplazado con el fin de proteger los intereses del comprador, al permitirle ver la situación real de la empresa antes de pagar el importe total de la compraventa. En este sentido, es habitual que esta parte del precio aplazado se encuentre sometida a condiciones como, por ejemplo, que el funcionamiento de la compañía y sus beneficios no varíen por el cambio de titularidad.

## **II. Compraventa con precio aplazado y posterior distribución de dividendos**

Como hemos comentado anteriormente, la operación de financiación que se propone es nula de pleno derecho, al encontrarnos ante un caso de asistencia financiera.

Pese a ello, si los Compradores pretenden realizar esta adquisición evitando desembolsar íntegramente las cantidades, es posible que estos realicen una compraventa con precio aplazado.

Así pues, será conveniente negociar con los socios vendedores el aplazamiento del pago del precio de la compraventa, evitando el desembolso inicial por parte de los Compradores.

Una vez se haya pactado el aplazamiento del pago, se formalice la compraventa y se efectúe esta, será necesario llevar a cabo otra operación; el reparto de dividendos a los nuevos socios.

Si bien es cierto que la asistencia financiera impide que la sociedad limitada suscriba préstamos en favor de sus adquirentes, nada se indica sobre el reparto de dividendos a estos. Así pues, ABC y XYZ están facultados a repartir dividendos con cargo a las reservas disponibles que HP haya generado y se recojan en su patrimonio neto.

El artículo 4 de la LSC establece la obligación de dotar una reserva legal en las sociedades de responsabilidad limitada. En este sentido el artículo 274.1 de la LSC establece que la reserva legal deberá alcanzar un valor del veinte por ciento del capital social de la compañía.

En este caso, como el capital social de HP es de un millón de euros (1,000.000.- Euros), su reserva legal indisponible es de doscientos mil euros (200.000.- Euros). Consecuentemente, HP podrá repartir cuatrocientos noventa y nueve millones ochocientos mil euros (499,800.000.- Euros) en concepto de dividiendo con cargo a reservas. La distribución de estos dividendos será proporcional al porcentaje de adquisición de cada una de las sociedades.

En resumen, es posible financiar la adquisición de HP mediante la estipulación de la compraventa con precio aplazado y un posterior reparto de dividendos. Bajo esta operación ABC recibirá cuatrocientos cuarenta y nueve millones ochocientos veinte mil euros (449,820.000.- Euros). XYZ, por su parte, recibirá cuarenta y nueve millones novecientos ochenta mil euros (49,980.000.-Euros).

#### **OCTAVA. Sobre el procedimiento de revocación de poderes generales y modificación del domicilio social. Requisitos y formalismos.**

Con el objetivo de abordar la siguiente consulta se realiza una distinción entre: (i) la modificación del domicilio social; y (ii) la revocación de los poderes generales.

##### **I. Modificación del domicilio social y traslado de sede a Madrid**

El artículo 23 de la LSC establece que en los estatutos sociales de la sociedad se hará constar el domicilio social de esta. Por lo tanto, la modificación del domicilio social supone una modificación estatutaria.

En este sentido, el artículo 285.1 de la LSC establece que "*cualquier modificación de los estatutos será competencia de la junta general*". Pese a ello, el segundo apartado de este artículo establece lo siguiente:

*<<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 todo ello, el órgano competente para modificar el domicilio social, al ser un traslado dentro de territorio nacional, es el órgano de administración.

Con respecto al *step plan*, o los pasos que debe seguir HP para modificar su domicilio social el artículo 19 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante "**RRM**") establece lo siguiente:

1. Aprobación del cambio de domicilio social por los administradores y modificación de los estatutos
2. Firma de la escritura de cambio de domicilio ante notario
3. Cumplimentación del modelo 600 del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITPAJD)



Es preciso recordar que desde la publicación y posterior entrada en vigor del Real Decreto-Ley 13/2010 de 3 de diciembre estas operaciones se encuentran exenta, sin embargo, resulta necesario cumplimentar el modelo 600 e indicar la exención, presentándolo ante la AEAT.

#### 4. Inscripción de la escritura en el Registro Mercantil correspondiente.:

Para la inscripción se deberá de aportar una certificación literal de la hoja registral expedida por el Registro Mercantil de Málaga, que incluya y comprenda todos los asientos de inscripción. Esta certificación:

- Debe reproducir también las cuentas anuales depositadas de los últimos cinco ejercicios
- Se expide después de que se presente el documento que acredita el traslado en el anterior Registro Mercantil.
- Tiene una vigencia de tres meses desde su expedición
- Cuando se expide esta certificación el Registro Mercantil de Málaga lo hará constar en el documento y por diligencia cierra la hoja en su registro.

En cuanto a las funciones que debe realizar el Registrador Mercantil de Madrid, estas son las siguientes.

- Transcribir de forma literal el contenido de la certificación en la nueva hoja, reflejando en una hoja separada el cambio de domicilio
- Comunicar al Registro Mercantil de origen la práctica de la inscripción.

Una vez cumplimentados todos estos pasos el cambio de domicilio a Madrid será válido y plenamente eficaz.

## **II. Revocación de los poderes generales otorgados**

El otorgamiento de poderes generales no se encuentra dentro de las competencias de la junta general recogidas en el artículo 160 LSC. Al no estar incluida en este artículo y no existir disposición estatutaria que otorgue a la junta esta competencia, se entiende que este nombramiento es competencia del consejo de administración.

En este sentido, el consejo también tiene facultades para revocar estos poderes. Tal revocación puede ser tácita o expresa.

La revocación tácita se establece en el artículo 1735 del CC. Esta revocación consiste en otorgar un poder general a un nuevo mandatario, lo que produce automáticamente la revocación del mandato anterior.

Por otro lado, la revocación expresa recogida en el artículo 1733 del CC consiste en manifestar por escrito la voluntad del mandante de terminar y revocar esta representación.

En cuanto al trámite de revocación de poderes, es preciso recordar que el artículo 94 del RRM establece como obligatoria la inscripción de "*Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.*".

En consecuencia, esta revocación de poderes se deberá de realizar ante notario, siendo necesario que se persone en la notaría los administradores que hayan adoptado el acuerdo.

En resumen, el *step plan* a seguir por HP para revocar los poderes generales otorgados es el siguiente:

1. Adopción del acuerdo en el consejo de administración
2. Otorgamiento de escritura de revocación de poderes ante notario
3. Comunicar al representante la revocación de poderes y solicitarle la devolución de la copia autorizada del poder
4. Inscribir la revocación de poder ante el Registro Mercantil

En resumen, este trámite es más simple que el anterior, ya que la comunicación al representante y la solicitud de devolución del poder, como regla general, suelen ser tareas encomendadas al notario.

### **III. Consideraciones finales**

En conclusión, ambos trámites han de ser aprobados por el consejo de administración, teniendo que acudir al notario para llevar a cabo tales modificaciones. En este sentido, es necesario inscribir ambos actos en el Registro Mercantil, para que tengan validez frente a terceros y se entiendan correctamente constituidos.

## **NOVENA. Sobre la refinanciación de la deuda existente**

La refinanciación de una deuda bancaria supone la amortización anticipada de una deuda bancaria existente con la consiguiente suscripción de un nuevo préstamo bancario, en este caso un préstamo sindicado entre entidades financieras alemanas. Por todo ello, en el presente apartado se tratarán las dos operaciones de forma individualizada.

A su vez, es necesario garantizar que la entidad refinanciada, en este caso HP, pueda mantener su liquidez y atender a sus obligaciones, tanto a corto como a largo plazo. En este sentido, a continuación, se recogerán varios ratios que permiten entrever la situación patrimonial de la entidad a refinanciar, con el objetivo de permitir a los Compradores visualizar cual es la situación real de endeudamiento de la entidad.

Por último, es preciso recordar que el órgano encargado adoptar estas decisiones de refinanciación es el consejo de administración, como puede verse, esta operación de refinanciación no se enmarca en ninguna de las competencias exclusivas de la junta recogidas en el artículo 160 de la LSC. Por lo tanto y al no existir ninguna disposición estatutaria que otorgue la competencia a la junta general, será competencia del consejo de administración aprobar tal refinanciación y consecuentemente llevarla a cabo.

### **I. Amortización anticipada del préstamo existente**

Como ya hemos comentado, el presente supuesto de refinanciación requiere realizar una amortización anticipada de la deuda bancaria existente. La figura de amortización anticipada supone repagar parte o la totalidad de la deuda bancaria existente antes de su fecha de *default* o vencimiento. Si se amortiza una parte de la deuda la operación se denomina amortización parcial, mientras que si el prestatario, es decir quien recibe el préstamo, decide amortizar toda la deuda, nos encontraremos ante un supuesto de amortización total, lo que sucede en el presente caso.

A este respecto, si HP decide amortizar anticipadamente la deuda existente, nos encontraríamos ante un supuesto de rescisión unilateral del contrato de préstamo. Esta rescisión unilateral, con carácter general, lleva aparejadas sanciones incorporadas en el contrato de financiación, como pueden ser indemnizaciones por perjuicios ocasionados.

Consecuentemente, cuando HP amortice el préstamo existente, será necesario que abone el capital principal restante de amortización (es decir, la deuda que le quede por pagar), los intereses devengados hasta la fecha de decisión de resolución y las posibles indemnizaciones por perjuicios ocasionados a la entidad financiera.

## **II. Nuevo contrato de financiación**

De forma simultánea a la amortización total del préstamo anterior es necesario que HP acuerde la nueva financiación con el préstamo sindicado alemán con el que ABC tiene relación. En este sentido, aunque carecemos de información suficiente para poder otorgar una respuesta exacta, consideramos aconsejable que desde HP se realice un test para conocer hasta que punto ABC y el sindicato de bancos alemanes se encuentran interrelacionados, siempre con el objetivo final de evitar posibles conflictos de intereses dentro del órgano de administración.

En cuanto a la suscripción del nuevo contrato de financiación, será necesario visualizar correctamente, entre otras, las nuevas condiciones, evitando que estas sean más gravosas para HP, incluyendo los tipos de interés variables del contrato individual y del mercado, posibles alternativas de financiación y la situación patrimonial actual de HP, que se podrá visualizar con las ratios descritas a continuación.

## **III. Ratios a tener en cuenta**

En atención a lo indicado anteriormente, resulta necesario que los Compradores sean conscientes de la situación patrimonial actual de HP, para ello consideramos positivo calcular las siguientes dos ratios:

### **1. Ratio de endeudamiento**

La ratio de endeudamiento determina que parte de los recursos propios de la entidad se financian mediante deuda de terceros. Para realizar este cálculo se divide el endeudamiento total de la entidad entre el patrimonio neto, conociendo la proporción de financiación ajena con respecto a los fondos propios de la entidad.

En el presente caso el patrimonio neto de la entidad es de 500 millones de euros, mientras que la financiación ajena asciende también a 500 millones de euros. Por lo tanto, al dividir estas dos cantidades la ratio de endeudamiento es de 1.

Con carácter general el valor ideal se sitúa entre un 0,4 y un 0,6. Si la ratio es superior, con carácter general, se considera que la entidad tiene excesivas deudas y está perdiendo su autonomía financiera. Pese a ello, el sector en el que nos encontramos exige inversiones de elevada cuantía, al tener unos costes fijos elevados, por lo tanto, la situación no es crítica, solo ha de tenerse en cuenta para no contratar futuras financiaciones que no sean totalmente necesarias.

### **2. Ratio de apalancamiento**

La ratio de apalancamiento calcula a la relación existente entre la deuda y los activos de la entidad. Esta ratio hace referencia al destino de la financiación ajena.

En este caso si dividimos el importe de los activos de HP, es decir la maquinaria, entre la deuda ajena existente el resultado es de 1. Como se puede ver, todo el activo de HP se encuentra aparejado a deuda ajena, lo que dificulta que HP pueda tomar decisiones de forma libre y rápida. Si bien es cierto que esta situación pueda parecer peligrosa, es preciso recordar que HP tiene 500 millones de euros en su caja, como activo líquido. Por ello, al contrario de ser una situación peliaguda para HP, nos encontramos ante una situación que puede ser beneficiosa, siempre y cuando se reestructure la riqueza de la sociedad de una forma adecuada y se libere dinero de la caja, bien sea mediante nuevas inversiones como mediante repagos de deuda existente.

#### **IV. Conclusiones**

En síntesis, es posible realizar esta operación de refinanciación, que deberá llevarse a cabo por el consejo de administración y consistirá en una amortización total de la deuda existente y la contratación de un nuevo préstamo.

Así pues, los Compradores deberán de tener en cuenta los siguientes puntos a la hora de realizar tal operación:

- Posible conflicto de intereses de los consejeros de ABC en HP;
- Situación de endeudamiento de la entidad; y
- Posible reestructuración de la riqueza de la compañía, al existir una gran cantidad de activo líquido.

#### **DECIMA. Sobre la sustitución del contrato de Operación y Mantenimiento**

En el siguiente apartado se atenderá a la posible sustitución del contrato de operación y mantenimiento ("O&M") suscrito entre la entidad adquirida HP y la empresa Operaciones y Proyectos S.L. Con el objetivo de abordar dicha cuestión trataremos los siguientes puntos: (i) posible sustitución del contrato O&M y el órgano que debería aprobar tal suscripción; y (ii) Posibles riesgos en relación con la resolución contractual.

##### **I. Posible sustitución del contrato O&M y órgano encargado de la adopción**

A priori, atendiendo a la información aportada por los interesados, no parece existir ningún inconveniente para considerar que la sustitución de este contrato no puede realizarse. Así pues, entendemos que esta puede realizarse, siempre y cuando se atiendan a los riesgos mencionados en el apartado siguiente.

En relación con el órgano encargado de la sustitución, el artículo 160 de la LSC regula las competencias de la junta general. En este sentido, la sustitución de este contrato de O&M no se enmarca en ninguno de los supuestos recogidos en este artículo. Más aún, en los contratos no se estipula ninguna competencia extra atribuible a la junta general. Por todo ello, al ser una operación dentro del tráfico mercantil de la sociedad HP el órgano encargado de la adopción de esta decisión será el consejo de administración.

Pese a ello, resulta preciso recordar que el nuevo órgano de administración de HP se encuentra conformado por tres consejeros, dos de ellos designados por ABC. Estos consejeros han de regir sus actividades bajo el deber de lealtad recogido en el artículo 227

de la LSC. Esta lealtad ha de ser la de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

El deber de lealtad descrito conlleva ciertas obligaciones, que son recogidas en el artículo 228 de la LSC. Entre estas obligaciones, el apartado c) de este artículo destaca la obligación de "*abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.*"

Recordemos que el presente contrato de O&M se pretende sustituir por un contrato con una entidad del grupo ABC. A este respecto se puede entender que ABC pretende realizar esta sustitución en beneficio de sus propios intereses y en perjuicio de HP. Por ello, para la adopción del acuerdo y en aras de cumplir con el deber de lealtad, sería conveniente que los administradores designados por HP se abstuvieran, siendo el consejero designado por XYZ quien llevase a cabo tal sustitución.

Con todo, con la información proporcionada podemos considerar que el término "más oneroso" se refiere a un contrato con mejores condiciones para la adquirida HP. Si esta premisa resulta cierta, no nos encontraríamos ante este posible conflicto de intereses, al ser una modificación contractual beneficiosa tanto para el grupo ABC como para la adquirida HP.

## **II. Posibles riesgos en relación con la resolución contractual**

La resolución contractual del contrato O&M puede derivar ciertos riesgos para la adquirida HP como son: (i) Revocación de la autorización administrativa; (ii) Incumplimiento de la financiación bancaria; (iii) Problemática sobre precios de transferencia; o (iv) Indemnización por rescisión unilateral de contrato en exclusiva.

### **1. Revocación de la autorización administrativa**

La actividad de HP se encuentra inscrita dentro del Sector Eléctrico, siendo una actividad regulada. A este respecto, para ejercer su actividad HP ha requerido de una autorización emitida por la administración competente. En esa autorización se recoge el funcionamiento de la actividad pretendida, incluyendo posibles externalizaciones de funciones a terceros.

Así pues, la sustitución del proveedor del contrato O&M puede suponer una revocación de la autorización concedida, en virtud del artículo 26.3 a) y 30.1.1º a) de la Ley 24/2013. Por todo ello, será conveniente que HP comunique esta modificación contractual y argumente que tal cambio de proveedor no impedirá la correcta llevanza de sus actividades.

### **2. Incumplimiento de la financiación bancaria**

En el sector eléctrico, en el que se encuentra inscrita HP, resulta común que los contratos de financiación bancaria recojan cláusulas con supuestos de incumplimiento *o event of default*. Estos supuestos de incumplimiento pueden incluir posibles modificaciones de las entidades externas que presten servicios a HP.

Por todo ello, la rescisión contractual del contrato O&M puede suponer un supuesto de incumplimiento de la financiación bancaria de HP, por lo que el financiador podrá exigir el pago anticipado de toda la deuda debida por HP.

### 3. Problemática sobre precios de transferencia

Los precios de transferencia son los precios pactados entre entidades vinculadas o relacionadas. Estos precios de transferencia son aplicables en España cuando una sociedad ostente una participación directa de la menos un 25% sobre otra. En el presente caso ABC ostenta un 90% de HP, por lo que los precios de transferencia son aplicables.

Así pues, al encontrarnos ante un supuesto de precios de transferencia, el contenido económico del nuevo acuerdo de O&M se deberá de someter al artículo 18 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades y el reglamento de desarrollo de la presente ley.

En resumen, es probable que este nuevo contrato tenga que someterse a un importe sometido legalmente y no convenido entre las partes.

### 4. Indemnización por rescisión unilateral de contrato en exclusiva.

Tal y como se recoge en la información aportada, la empresa Operaciones y Proyectos S.L realiza estas labores de mantenimiento de forma exclusiva a HP. En este sentido, pese a no disponer del contrato de O&M, podemos entrever que la rescisión unilateral de este contrato conllevará el pago de una indemnización cuantiosa a la presente empresa, pudiendo existir a su vez cláusulas penales por el incumplimiento contractual derivado de la rescisión unilateral.

Por todo ello, es altamente probable que HP deba indemnizar a Operaciones y Proyectos S.L por los perjuicios ocasionados.

## III. Conclusiones

En resumen, en el supuesto actual es posible que HP rescinda su contrato de O&M con la entidad Operaciones y Proyectos S.L, pese a ello y con el objetivo de evitar posibles riesgos consideramos pertinente que se lleven a cabo las siguientes actuaciones:

- Comunicación previa al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio recogiendo el cambio de suministrador de O&M
- Comunicación previa al financiador bancario, procediendo a la correspondiente refinanciación de la deuda bancaria
- Asesoramiento sobre los posibles precios de transferencia aplicables al nuevo contrato de O&M

## ANEXO I. STEP PLAN PARA LA ADQUISICIÓN DE HP

El presente anexo tiene como objetivo resumir las actuaciones a seguir para llevar a cabo la adquisición de HP.

FASE	ACTUACIONES POR REALIZAR
<b>0. Análisis previo de competencia</b>	Investigación sobre la posible confrontación de la adquisición con la regulación sobre Mercados y Competencia aplicable.
<b>1. Due diligence</b>	<i>Information Request List ("IRL")</i> : Lista solicitando la información necesaria para llevar a cabo la adquisición  <i>Q&amp;A</i> : Informe inicial subrayando las principales contingencias aplicables al caso actual  <i>Expert Session</i> : Reunión con la parte vendedora para conocer el negocio adquirido y sus especialidades
<b>2. Signing</b>	Negociación del <i>Share Purchase Agreement ("SPA")</i> y los elementos y cláusulas contractuales
<b>3. Closing</b>	Elevación a público del contrato y realización de las actuaciones de cierre o <i>closing deliveries</i> , incluyendo posibles escisiones del negocio, contingencias fiscales, mercantiles etc....
<b>4. Post Closing</b>	Posibles cláusulas suspensivas o resolutorias con penalidades, como el <i>earned out</i> en relación con la contingencia fiscal.

## ANEXO II. NORMATIVA APLICABLE

<b>NORMATIVA APLICABLE</b>
<b>Normativa comunitaria</b>
Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
REGLAMENTO (UE) 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
<b>Normativa española</b>
Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (en redacción dada por Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, con efectos desde el 11 de julio de 2021)
Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico
Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades