



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Trabajo de Fin de Máster

Máster Derecho de Empresa

Universidad Pontificia Comillas

Álvaro Ortiz Gómez

Tutor: Francisco Javier Vasserot González

Estimados Clientes;

Desde Ortiz & Co estamos encantados que, tras la primera toma de contacto inicial, y la propuesta de nuestros honorarios, se hayan finalmente decidido a visitar nuestras oficinas en Madrid que como saben se encuentran en la C/ de Hermosilla nº7 Plantas 1, 2 y 3.

Como saben y como ya hemos comentado en el Brochure inicial nos gustaria recordar que somos un Despacho con mas de 25 años de experiencia y que nuestro equipo de Mercantil cuenta con una dilatada experiencia en el área para ayudar a nuestros clientes a lograr una expansión global a través de adquisiciones estratégicas. En el despacho, compartimos con nuestros clientes un profundo conocimiento de su negocio y tratamos siempre de aportar la opinión más critica para su beneficio. Como ya saben contamos con una amplia red de oficinas en toda Europa, América, Oriente Medio, Africa y Asia Pacífico y gracias a nuestro amplio equipo multidisciplinar proporcionamos asesoramiento de máxima calidad en operaciones complejas en cualquier lugar.

En España, el conocimiento del mercado local y la experiencia de nuestros profesionales nos permite asesorar en fusiones y transacciones ofreciendo una solución integral a las necesidades legales de nuestros clientes y asistiéndoles en todas las etapas de una operación.

Los clientes en España no solo nos ven como su asesor legal, sino tambien como un socio estratégico.

Además, nuestra firma es un fiel reflejo del sector sobre el que se quiere llevar a cabo la operación. La sociedad objeto de compra y que se encontrará dentro del scope de la operación esta especializada en desarrollos tecnológicos para la industria aeronáutica, aeroespacial y de defensa. El sector aeroespacial como ustedes bien saben se encuentra en constante innovación y desarrollo. Concretamente en España está en una fase de crecimiento constante y transformación significativa. Representa aproximadamente el 1% del PIB español y el 5.4% del PIB industrial. Además de ser una gran fuente de trabajo aportando empleo a más de 60.000 personas. El 10% de los ingresos del sector se invierte en I+D, lo que refleja su fuerte enfoque en la innovación.

Desde Ortiz & Co estamos orgullosos de pensar de manera diferente al igual que ustedes. La Innovación es el centro de nuestra estrategia. Para nosotros consiste en cambiar radicalmente la forma en la que se formula el asesoramiento jurídico de alta calidad mientras se mantiene la esceldncia en el servicio. Por ello hemos recibido varios premios a lo largo de los años.



Nuestros clientes

En el despacho contamos con clientes especializados en el sector en el que ustedes se encuentran, por lo que estamos en contacto diario con operaciones y clientes de su sector y de su magnitud.



Nuestro equipo local

Dentro de nuestros correos iniciales con ustedes no quedó del todo claro a pesar de que si se comentó las personas que estarían encargadas de la operación. Todas están copiadas en los primeros e-mails con ustedes, pero nos gustaría que quedasen aquí reflejadas para cualquier tipo de duda que puedan tener al respecto.

Ortiz & Co
Socio
Mercantil
☎ +34 910 512 452
☎ +34 603 452 693
@ alvaro.ortiz@ortiz&Co.com

Ortiz & Co
Socio
Mercantil
☎ +34 910 512 452
☎ +34 625 231 526
@ nicolas.pastor@ortiz&Co.com

Ortiz & Co
Socio
Fiscal
☎ +34 910 512 452
☎ +34 605 897 563
@ javier.bustillo@ortiz&Co.com

Ortiz & Co
Legal Director
Mercantil
☎ +34 910 512 452
☎ +34 645 785 123
@ mario.borbolla@ortiz&Co.com

Ortiz & Co
Asociado
Mercantil
☎ +34 910 512 452
☎ +34 693 546 852
@ iñigo.prego@ortiz&Co.com

Ortiz & Co
Asociado
Fiscal
☎ +34 910 512 452
☎ +34 685 754 231
@ alvaro.buitrago@ortiz&Co.com

Experiencia y operaciones

- Asesoramiento a AeroSpace Corp en la adquisición de las acciones representativas del 100% del capital social de SkyTech Industries, y de sus filiales SkyTech Engineering y SkyTech Avionics.
- Asesoramiento a AeroSpace Corp en la adquisición de la cartera de clientes (mantenimiento y servicios) de FlightPath Solutions, una empresa de servicios aeronáuticos.
- Asesoramiento a AeroSpace Corp en la adquisición del 100% del capital social del Grupo AeroDynamics, una empresa dedicada al diseño y fabricación de componentes aeronáuticos en España, Francia y Alemania.
- Asesoramiento a AeroSpace Corp en el proyecto “Sky Innovator”, en el marco del cual tuvo lugar el traspaso a una estructura de nueva creación creada ad hoc, de ciertos servicios de ingeniería y consultoría; y la venta de una participación minoritaria en el negocio.
- Asesoramiento a Sky Innovator, una filial de AeroSpace Corp, en el cierre de una ronda de financiación por valor de 50 millones de euros y en la correspondiente reestructuración societaria.
- Asesoramiento a SpaceHealth en la venta de una participación minoritaria de AstroMed, una consultora especializada en asesoramiento, auditoría y formación en materia de salud espacial, a Galactic Ventures, un vehículo de inversión con sede en España gestionado por StarInvest.

Abort Fees o Tarifa de Aborto

Desde Ortiz & Co somos plenamente conscientes de que a lo largo de la operación surgen dudas por parte de los clientes. Su empresa TecnoCom Aerospace Corporation “TecnoCom” sabemos que tiene su sede en Florida y para su facilidad y sentirse más cómodo a lo largo de la operación desde el despacho también ofrecemos la opción de un “Abort Fees” o “Tarifa de Aborto”, de este modo en el caso de que la operación finalmente no se pueda llevar a cabo si se ha incurrido en unos fees muy elevados no se cobrará la totalidad de los mismos sino que se solo se tendrá en cuenta el 30% de lo incurrido hasta el momento con un límite máximo de 15.000 euros.

Tengan en cuenta que como ya pusimos en correos iniciales y con los que ustedes estaban de acuerdo los honorarios de nuestros abogados son:

- Desde 200 hasta 400 euros los asociados
- Desde 500 hasta 700 euros los socios

Recalcarles como ya hicimos en los primeros correos que al no haber trabajado anteriormente con ustedes y a modo interno dentro de la firma, deberíamos de aplicar la práctica conocida como KYC (Know Your Customer), este es un proceso como saben habitual dentro de las firmas de abogados, que se centra en conocer a fondo a los clientes, entender sus antecedentes, motivaciones, y asegurarse de no estar involucrados en actividades ilícitas o no éticas. Simplemente recopilamos información financiera y pequeños detalles que puedan afectar a la relación profesional. El proceso de KYC, desde Ortiz & Co, lo consideramos necesario para, aumentar la confianza entre firmas, una mayor transparencia, y el cumplimiento de las leyes. Todo ello también en cumplimiento con la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Operación que se plantea

Inmediatamente después de nos comentasen la operación que querían llevar a cabo, convocamos una reunión con los equipos de mercantil y fiscal que serán los que principalmente estarán involucrados al 100% dentro de la operación, nuestros asociados y juniors les pareció fascinante el reto que tenían por delante.

En primer lugar, os adjuntamos un pequeño esquema para mayor claridad sobre la distribución de vuestro capital:



Desde el despacho y para dejar clara la operación primero queremos dejar estructurada la operación y luego empezar a tratar de sacar una serie de consecuencias. Documentación por realizar por parte del despacho:

En primer lugar, nos encargaremos de realizar un Due Diligence exhaustivo examinando las posibles contingencias que puedan surgir dentro de la operación.

Una vez dado el visto bueno por el cliente realizaremos un contrato de compraventa para llevar a cabo la operación. (SPA)

Desde TecnoCom queréis adquirir el 65% del capital de la sociedad Aerosat S.A. la "Target", que como nos han dicho tiene domicilio social en Barcelona y está especializada en desarrollos tecnológicos para la industria aeronáutica. De la target a su vez es titular la sociedad cotizada Desarrollos aeroespaciales S.A.

El 35% restante del capital social, se encuentra en manos de accionistas minoritarios:

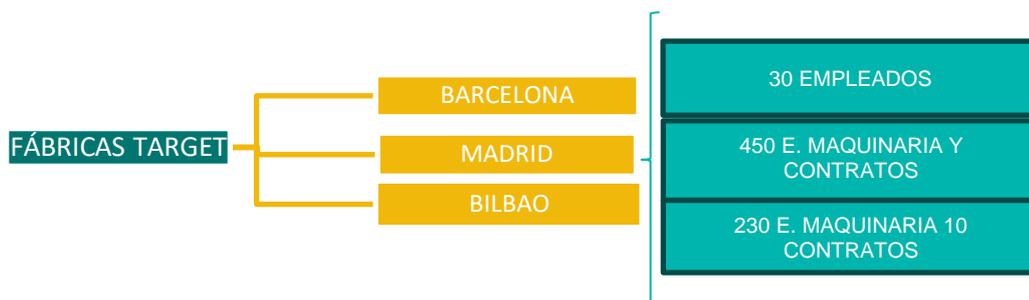
- 20% Holding familiar de la familia fundadora
- 15% restante titularidad de la sociedad holandesa ABNEST BV

Os adjuntamos un pequeño esquema para que lo podáis ver de una forma más directa.



Fábricas y trabajadores de la target

Aunque luego os daremos más detalles sobre esto debéis de tener en cuenta que la target tiene;



El tema de la **propiedad industrial** del target nos interesará a la hora de la compra ya que es de alto valor, debemos tener en cuenta que se considera como un activo intangible dentro de la empresa y que en el caso de que se quisiera esto puede ser objeto de compra. Es importante en este punto verificar la titularidad, examinar las licencias y ver la validez de las patentes. Todo esto se analizará desde el despacho.

Filiales

- Asimismo, la target es titular al 100% de dos filiales:
 - Aerosat USA Corporation
 - Aerosat Uk Limited
- ❖ Titular de todas las acciones menos 1 de AEROSAT MÉXICO S.A.

Venta de parte del grupo Tecnomcom a Satellite WYC

En este punto, también nos habéis comentado que quizá posteriormente se produzca una venta posterior de Tecnomcom a Satellite WYC Corporation, esta última tenemos en cuenta lo que nos habéis comunicado en el sentido de que se está planteando adquirir el 100% del capital de la target. El punto aquí es que si vosotros adquirís el 65% del capital social de la target, de acuerdo con lo dispuesto en el real decreto de opas podrías tener el control de la sociedad ya que tenéis más del 30% establecido en el artículo 4 del Real Decreto que regula el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores. Sin embargo, en el artículo 3 de este real decreto solamente que se nos dice que se lanzará cuando se alcance este porcentaje sobre una S.A. cotizada. Nuestra target no es cotizada, por ello deberemos de analizar bien esta posibilidad y ver cómo podríamos articular esto. Ya que puede ser que quizá con el 65% en una hipotética situación estemos ante una opa, pero hay que tener en cuenta que de la S.A. “deriva” la cotizada, si fuese al revés quizá estaríamos ante una OPA indirecta o sobrevenida sin embargo en este caso entenderíamos que no ya que sería la cotizada la que lance la Opa contra la S.A. lo cual entendemos que según lo estipulado no podría hacerse. Así lo regula el artículo 7 también del RD de Opas cuando se habla de toma de control indirecta o sobrevenida y que “*en caso de fusión o toma del control de otra sociedad o entidad, incluso no admitida a negociación en ningún mercado o no domiciliada en España, que tenga participación directa o indirecta en el capital social de una tercera sociedad cotizada*”. Como veis habla siempre de cotizadas, de acuerdo con lo que os hemos comentado.

Además de lo que ya os hemos comentado, si se quiere adquirir el 100% de la sociedad, deberemos de tener en también el pacto de socios vigente de 2018, para también llevar a cabo la operación.

Venta únicamente de la rama de negocio

Nos habéis comentado que teniendo en cuenta el proceso de negociación abierto con Satellite WYC Corporation, no habéis descartado la posibilidad de adquirir únicamente el negocio aeroespacial de la target. Entendemos que esta adquisición supone la compra de un conjunto de activos y derechos que puede operar independientemente.

Esto sería distinto de otras dos operaciones que podríamos considerar susceptibles dentro de otras hipotéticas operaciones a las que se podría optar:

- Por un lado, una escisión de la parte del negocio que más nos interesa, en la que se produciría un reparto de activos en dos entidades, con la posible absorción de la entidad que nos interesa.
- O una simple fusión de sociedades. Si se adquiere esta directamente y fusionar TECNOCOM y la target.

Si bien en estos casos podríamos beneficiarnos de los diferimientos de rentas del régimen de fusiones regulado en los artículos 76 a 89 de la LIS y las exenciones sobre las plusvalías del artículo 21 LIS, es cierto que esto requeriría una planificación fiscal mucho mas compleja de la que entendemos deseáis aplicar. Por ello nos centraremos en la adquisición de la unidad de negocio.

Aunque luego más adelante del informe vamos a realizar un análisis minucioso sobre esta adquisición, con las preguntas que nos habéis planteado, consideramos oportuno que veáis lo que se dice en la Ley del IVA al respecto. El artículo 7 regula las operaciones no sujetas al impuesto y nos dice que *“No estarán sujetas al impuesto: 1.º La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma”*.

Creación del vehículo “SPV”

Bien, lo primero queremos recordaros que siempre estamos en disposición de tener una reunión tanto presencial en nuestras oficinas como online para resolver cualquier duda que vaya surgiendo durante la operación.

Nos comentasteis en su momento también la urgencia a la hora de tener constituido un vehículo en España. La mayoría de nuestros clientes, quieren cerrar la operación lo más rápido posible, por lo tanto, estamos acostumbrados a este tipo de peticiones. Como ya sabéis, una SPV, puede proporcionar diversos beneficios dentro de una transacción. Puede: (i) limitar riesgos ya que permite separar los activos y pasivos asociados en una transacción financiera, (ii) simplifica la gestión, y (iii) puede concentrar activos en una sola persona jurídica.

Desde el despacho tratamos con empresas que ya tienen sociedades vehículo constituidas (SPV – Special Purpose Vehicles). Entonces una vez está constituida únicamente tendríamos que meter el objeto/actividad de la futura sociedad.

Para que tengáis una primera referencia de los costes en los que se pueden incurrir si se elige esta opción, tenemos:

- 2500 euros es la venta de la SPV (Este importe incluye los gastos de constitución (Notaría, Registro Mercantil y nuestros honorarios). Facturas todas a nombre de la sociedad que se vende).
- Los gastos de Notaría por la venta y la inscripción de los Acuerdos sociales en el Registro Mercantil corren por cuenta del cliente.
- Por otro lado, se deberían de pagar el capital social de las sociedades que se van a constituir.
- Esto se deberá de hacer mediante dos transferencias bancarias

Por lo tanto, se deben de realizar dos transferencias:

- 1) Una por los honorarios de la agencia
- 2) Otra por el capital social de la sociedad que se quiere constituir

Dejando de lado esta opción y depende la urgencia con la que se quiera tener la SPV y también del presupuesto, se pueden seguir los pasos normales de creación que podríamos resumir en:

1. Registrar el nombre de la empresa: es importante que tengáis en cuenta que la constitución de sociedades de capital va a exigir de escritura pública y una posterior inscripción en el registro mercantil.
2. Abrir una cuenta bancaria a nombre de la empresa: Ingresar el capital mínimo necesario. El artículo 4 de la LSC nos dice que el capital mínimo para el funcionamiento de la sociedad
3. Redactar los Estatutos Sociales que posteriormente se incorporarán a la escritura de constitución. En los estatutos se hará constar lo establecido en el 23 LSC. Denominación, objeto, domicilio social, capital social, duración que salvo disposición contraria será indefinida (25LSC).
4. Llevar a cabo la escritura pública de constitución ante notario en el registro mercantil lo que conlleva coste de notaría etc...

Esto, es un trámite previo a la posterior inscripción en el Registro Mercantil. Para la obtención de la escritura es necesario aportar al menos la documentación que viene reflejada en el art 22 LSC.

5. Formalizar y hacer los respectivos pagos en la administración tributaria
6. Inscripción en el Registro Mercantil, mediante este acto la sociedad adquirirá personalidad jurídica, y serán los socios fundadores y los administradores de la sociedad los que tendrán las facultades necesarias para presentar la escritura de constitución en el registro mercantil. Hasta la inscripción, no podrán transmitirse las participaciones sociales, ni entregarse o transmitirse las acciones Así viene reflejado la LSC.
7. Obtención del NIF de la sociedad que por si no lo sabéis en un código numérico que contiene información sobre la forma jurídica de la sociedad o clase de entidad. Para solicitar este, deberá de aportarse copia de la escritura pública o documento de constitución de la sociedad

y de los estatutos sociales y su certificación de inscripción en un registro público. Para vuestra información el NIF será el mismo para una persona física y para una persona jurídica.

Sin embargo, si la sociedad ya está constituida podemos decir que se podría formalizar todo en un plazo de entre 24 y 48 horas. Sino por nuestra experiencia creemos que podría ser en torno a un mes.

Desde el despacho, imaginamos que estáis al tanto, pero sabéis que en España hay los dos modelos más comunes para constituir sociedades son:

Sociedades de responsabilidad limitada

Su capital está dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de los socios quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. Responderán de las deudas mediante el capital aportado.

El capital de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a un euro. Si no se alcanza, la cifra de 3000 euros se aplicarán las siguientes reglas: Deberá destinarse a la reserva legal, una cifra al menos igual al 20% del beneficio hasta que dicha reserva junto con el capital social alcance el importe de tres mil euros. Así viene reflejado en el artículo 4 LSC.

Sociedades anónimas

Su capital está dividido en acciones, que se integrará por las aportaciones de los socios quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

El capital social de las sociedades anónimas no será inferior en 60.000 euros. Estas tienen un carácter más abierto y por lo tanto serán nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción. Así viene reflejado en el 123 LSC. También en el 4 LSC.

Dicho esto, si no os interesa ninguno de estos dos modelos de sociedad también tenéis la sociedad comanditaria por acciones, que os la mencionamos porque veáis todas las opciones, pero entendemos que utilizareis alguna de las que os hemos mencionado anteriormente. Sin embargo, os recomendamos las otras opciones.

Nos habéis pedido también, distintas formas de administración que se pueden llevar a cabo dentro de las sociedades, os lo simplificaremos con lo más importante, pero lo tenéis en la LSC en los siguientes artículos regulado en el capítulo I y capítulo II del Título IV de la LSC. Respecto de estas 4 formas de administración vienen reguladas dentro del 210 LSC:

- I) Administrador único: para empezar, hemos de comentaros que suele ser la fórmula mas común, puede ser una persona física y jurídica que se encarga de la administración y representación de la sociedad. Su responsabilidad es grande y puede responder con su patrimonio tanto presente como futuro. Tiene como os podéis imaginar mucho poder dentro de la sociedad. Se le pueden exigir responsabilidad y con ello limitar la su capacidad de decisión. Sin embargo, aunque tenga mucho poder siendo un administrador único tiene que cumplir con los deberes de diligencia, lealtad y demás impuestos en la LSC.

- II) Administrador solidario: es una persona jurídica encargada de representar y gestionar la sociedad. Esta persona puede ser o no socio y para muchas decisiones no necesita de autorización y cuenta con autoridad. La principal diferencia del sistema de administración mancomunada es que el administrador solidario tiene autonomía para tomar decisiones y el mancomunado necesita de la concurrencia del resto.
- III) Administradores mancomunados: esta forma de administración de sociedad implica que dos personas administran la sociedad de manera conjunta. Será necesario acuerdo entre ambos para tomar cualquier decisión o acuerdo, y no será válida la decisión si no se hace de esta manera. Será importante tener en cuenta este órgano de administración en sociedades donde existan diversos grupos de interés. Ya que cada administrador podría representar a un socio o grupo de socios y por lo tanto los acuerdos que adopten estos serán los que representen a esos grupos que pueden estar más enfrentados. Importante tener en cuenta que si se quiere imponer esta forma de administración los administradores deben de tener buena sintonía entre ellos, será más fácil la gestión.
- IV) Consejo de administración: se encuentra regulado del 242 al 251 LSC. El consejo de administración se formará por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del consejo de administración y corresponderá a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes. En las sociedades de responsabilidad limitada, en caso de que se elija un consejo de administración, el número máximo de los componentes del consejo no podrá ser superior a 12 personas.

Formas de financiación de la SPV

También con respecto a las formas de financiación de la SPV sabemos que es importante para vosotros y hemos querido hacer un estudio a fondo de varias posibilidades para que vosotros podáis elegir la que más os convenga.

En primer lugar, informaros que podéis recibir financiación de manera externa. Con este tipo de financiación nos referimos a la clásica financiación facilitada por las entidades bancarias. El problema con este tipo de financiaciones y que se debe de tener en cuenta es la garantía que las entidades bancarias te piden dentro de estas operaciones, con ello se debe de tener cuidado para no incurrir en asistencia financiera de Tecnocom sobre la SPV. Esta la encontramos regulada en el 143 LSC para las S.L. y en el 150 de la LSC para las S.A.

En segundo lugar, también hacer referencia a que podéis obtener financiación de manera interna; a su vez dentro de esta hemos querido diferenciaros entre: (i) ampliación de capital, (ii) préstamos intragrupo o participativo, (iii) aportaciones de socios o propietarios de la cuenta 118 del Plan General Contable. A continuación, os las detallamos para que tengáis una mayor claridad al respecto.

- (i) Ampliación de capital: es una forma quizá más enrevesada ya que, en primer lugar, contablemente ese dinero pasa a ser capital social. Requiere una modificación de los estatutos, se requiere aprobación por la junta general de accionistas y demás trámites. Además, dicho esto, podemos decir que los estatutos contienen información sobre el

- número de acciones, división, valor, por lo que esto debe de actualizarse para reflejar la ampliación.
- (ii) Préstamos intragrupo o participativos: por un lado, el préstamo intragrupo hemos revisado regulación y entendemos que es aquel que se produce entre empresas del mismo grupo. En este caso TecnoCom como empresa le haría un préstamo a la SPV de nueva creación. La devolución del préstamo, al ser el mismo grupo tendría un repago normal entre ambas sociedades. Por otro lado, el préstamo participativo, lo encontramos regulado en el artículo 20 del RD 7/1996 de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Su funcionamiento puede ser de vuestro interés, si lo aplicamos a vuestro caso, TecnoCom, hace un préstamo participativo a la SPV y se lo podría recobrar con beneficios de esta. Puede ser una forma de financiación bastante interesante para vosotros.
 - (iii) Aportaciones de socios o propietarios de la cuenta 118 del Plan General Contable: las aportaciones de la cuenta 118 del Plan General Contable, también suelen ser una vía habitual de aportación de fondos en empresas. Hablamos de una clase de aportación de fondos propios a las sociedades. Por lo tanto, al formar parte de los fondos propios, no constituyen ingresos a nivel contable, sino que forman parte del balance de la sociedad. Las aportaciones de la cuenta 118 PGC se enmarcan dentro del subgrupo 11 (Reservas y otros instrumentos de Patrimonio). Las aportaciones de la cuenta 118 figurarán en el patrimonio neto del balance de las sociedades, teniendo el tratamiento de fondos propios. Una característica fundamental de las aportaciones de la cuenta 118 del PGC es que al construir fondos propios tiene una naturaleza distinta a otro tipo de aportaciones. Estos carecen de exigibilidad en su devolución, lo cual si que le es aplicable a los préstamos. Una referencia habitual y característica de este tipo de aportaciones es que se realizan a fondo perdido sin generar una obligación de devolución a la sociedad beneficiaria. En todo caso, la devolución de las aportaciones de la cuenta 118 del PGC estaría condicionada a la obtención de un beneficio o la existencia de reservas de libre disposición. Además de lo que os comentamos de que se carece de exigibilidad en su devolución, también se ha de tener en cuenta que la falta de retribución será otra de sus características. Sin embargo, elementos como las acciones si que se podrían retribuir en forma de dividendos. También os debemos recalcar que este tipo de aportaciones se harán exclusivamente por parte de los socios y accionistas de las sociedades de capital, no pudiendo realizarse por terceros que no tengan consideración de dueño de la sociedad beneficiaria de las mismas. Las aportaciones de la cuenta 118 del PGC no implicarían la emisión o aprobación de instrumentos de capital, como las acciones o las participaciones en favor de los aportantes. Como os venimos comentando y resumiendo, se tratarían de meras aportaciones por parte de los socios que integran el patrimonio neto de las sociedades pero que no forma parte de su capital social sino que se integra en una partida especial de reservas, la citada cuenta 118 del PGC.

Compraventa de acciones a suscribir con el vendedor

Como os hemos comentado desde el primer momento Ortiz & Co despacho es un despacho global que cuenta con oficinas en América, concretamente tenemos oficinas en Nueva York, Miami y Los Ángeles.

Para una firma como la nuestra, no sería problema el suscribir el contrato de compraventa de acciones bajo el derecho de Nueva York. Nuestro principal socio en el área de mercantil es Oliver Williams (Oliver.williams@ortiz&Co.com) es un socio con más de 25 años de experiencia en el sector y que sería el responsable de tratar llevar el contrato bajo el Derecho de Nueva York.

Desde Ortiz & Co hemos querido estudiar a fondo la consulta que nos planteasteis respecto de si el contrato de compraventa de acciones a suscribir con el vendedor se podría sujetar a derecho de Nueva York ya que entendemos que al tener la sede en Miami os generaría más confianza como es lógico.

En primer lugar, deberíamos hacer un “Sanity check” de la sociedad vendedora. Verificaremos que está correctamente inscrita y que es titular de las acciones.

Además, respecto de la transmisión daremos visibilidad a todas las alternativas posibles respecto de lo que nos planteáis y luego dar opinión respecto de la mejor opción

Opción A

Respecto de la opción de suscribir el contrato bajo el derecho de Nueva York, entendemos que SÍ que es posible, el 1255CC nos dice que *“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”*. Es importante destacar el punto de *“que tengan por conveniente”* ya que con esto entendemos que si las dos partes están de acuerdo en suscribir el contrato bajo el derecho de Nueva York nadie podría impedirlo. Además de lo que dice este principio en nuestro derecho también entran en juegos otro dentro de este tipo de operaciones societarias como son el de buena fe que nos le encontramos en artículos como el 1258 del cc.

Ventajas:

- TecnoCom ya está habituado a trabajar bajo el derecho de Nueva York, esto unido a nuestros socios en la oficina de Nueva York podría facilitar la negociación y comprensión del contrato.

Inconvenientes:

- Puede haber conflictos entre leyes españolas y las de Nueva York con lo cual esto se debe de tener en cuenta.
- En caso de disputas quizá nos tendríamos que ir a los Tribunales de Nueva York que, para las partes dentro de la puede ser menos conveniente, para la vendedora con total seguridad ya que esta domiciliada en Barcelona y no estará en sus planes sobre todo por el coste el irse a litigar allí.

Hablamos de una S.A. que las clasificamos como más abiertas que las S.L. que se consideran sociedades más cerradas, el objetivo de las primeras es que puedan cotizar en un mercado de valores, o que haya quizá una mayor circulación entre los accionistas, facilitando así la compraventa de acciones entre inversores. Además, en el 123.2 LSC se nos dice que serán nulas las cláusulas que acuerden la no transmisión de la acción en S.A.

Es importante tener en cuenta el Reglamento N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En este caso es conocido por todos como Reglamento Roma I. En el podemos encontrar la regulación sobre la ley aplicable a los distintos contratos. El artículo 3 de este nos habla de la libertad de elección en cuanto a la ley dentro de un contrato y nos dice que *“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. La elección deberá de manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.”* Este Reglamento como veis nos viene a confirmar y en concordancia con el 1255 CC que sí que se podrá someter el contrato bajo derecho de Nueva York. Este además nos dice que *“las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad.”* Por lo tanto, como podéis ver no solo le da flexibilidad a la ley aplicable en el momento de llevar a cabo el contrato, sino que también se la da para poder modificar la ley de este en cualquier momento. Sin embargo, como puntualización podemos comentaros que, aunque el artículo 3.1 del Reglamento Roma I se refiera simplemente al contrato y no al contrato internacional, es fácil deducir y sostener que la libertad de elección de ley se refiere a este último por: Hay que tener en cuenta que, este reglamento es aplicable a las obligaciones contractuales, concretamente *“en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”* así se menciona en el artículo 1.1 de este reglamento. Si hay un conflicto de leyes entendemos que habrá dos legislaciones aplicables y por lo tanto habrá un elemento internacional. Hoy en día además la elección de la ley aplicable se puede justificar por tres motivos:

- El primero es que las partes pueden elegir el Derecho más adecuado para el contrato que se trate. Puede ser por diferentes motivos; bien porque la legislación de ese país es la que regula técnicamente de manera más perfecta ese contrato, por mera elección etc...
- Lo que venimos recalcando, autonomía de la voluntad de las partes
- Un elemento clave para la comunidad internacional y es la satisfacción también de sus intereses lo primero para satisfacer sus necesidades y en segundo lugar también favorecer a las operaciones dentro del comercio internacional.

La elección de esta ley debe quedar clara dentro del contrato, esta puede regularse de manera expresa o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso, pero no puede dejarse de manera ambigua y debemos de regular de manera clara la ley que será aplicable.

Desde TECNOCOM no podréis imponer a la target la aplicación del derecho de Nueva York por lo tanto la inexistencia de acuerdo de elección en la ley y la falta de consentimiento en cuanto a esta podrá poner en peligro el contrato y por lo tanto la operación. El artículo 10 también del Reglamento Roma I nos dice que en principio la ley elegida por las partes será la que determine si existió y fue válido el consentimiento. Con todos estos argumentos queda patente que si las partes así lo estiman conveniente será aplicable el derecho de Nueva York.

Opción B

Otra opción para TecnoCom sería la de someter el contrato de compraventa de acciones a suscribir con el vendedor bajo el derecho español. Posteriormente esta transmisión se haría bajo derecho español y nos encargaríamos de realizar tanto el contrato como la posterior transmisión desde, la oficina de Madrid de Ortiz & Co. Debemos de tener en cuenta que la target estando domiciliada en Barcelona esto puede ser una alternativa muy factible.

Ventajas:

- La sociedad target esta domiciliada en Barcelona
- Proceso más simple
- Resolución de disputas
- Ventajas fiscales en la transmisión de acciones

Inconvenientes

- Mayor coste en caso de resolución de conflictos ya que desde TecnoCom tenéis vuestra sede en Florida.

Opinión

Después de haber expuesto distintas opciones, observamos que en primer lugar el objeto de la venta es la compraventa de unas acciones de la Sociedad Aerosat S.A., que está domiciliada en Barcelona. Con lo cual quizá tenemos más facilidades, a pesar de que como hemos dicho que se pueda suscribir bajo derecho de Nueva York, si esto lo metemos bajo derecho español.

Abordando ahora el tema de la pura transmisión de las acciones, la Ley de Sociedades de Capital nos impone una serie de trámite que se deberán de cumplir a la hora de la transmisión. Nos dice en su artículo 106.1LSC que la transmisión de las participaciones deberá constar en documento público.

Sin embargo, en el caso de las acciones, debemos distinguir si:

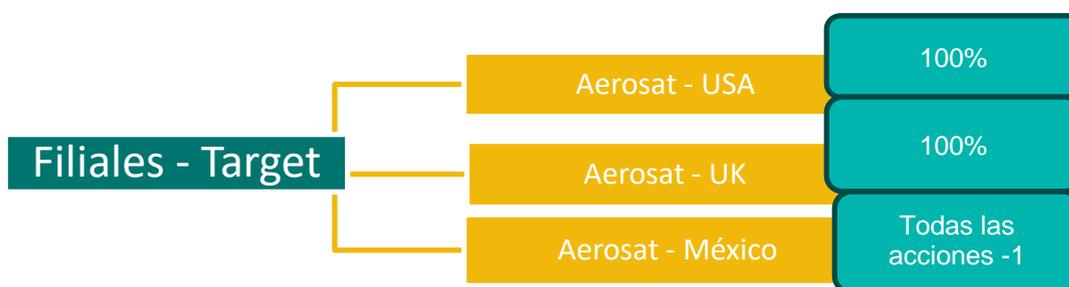
- a. Si hablamos de acciones nominativas,
 - La transmisión deberá de inscribirse en el libro-registro de acciones nominativas.
 - Las acciones nominativas también podrán transmitirse mediante endoso (del que se dejará constancia mediante una firma), una vez comprobada que la transmisión del endoso ha sido correcta, se inscribirá la transmisión en el libro registro de acciones nominativas.
- b. Si hablamos de acciones al portador

- La transmisión en el caso de que fueran al portador se entenderá hecha válidamente si se da la simple entrega del documento físico al nuevo propietario.

No se nos dice como están representadas las acciones, sin embargo, dependiendo, cogeríamos una u otra.

Dicho esto, la pura transmisión de las acciones, debería de hacerse bajo derecho español ya que la target esta domiciliada en Barcelona sus acciones estarán reguladas también dentro del mercado español. Por último, y por aplicar a este caso de manera analógica, podemos decir que en el 405 LSC que se regula la emisión de obligaciones en el extranjero por la sociedad española, se nos dice que “la ley española determinará la capacidad el órgano competente y las condiciones del acuerdo de emisión.” No es el caso que nos ocupa pero podemos aplicarlo de manera análoga para ratificar que la mera transmisión junto con los argumentos que os hemos dado se tendrá que llevar a cabo bajo derecho español.

Operaciones respecto de las filiales



Respecto de las filiales, hemos querido hacerles en primer lugar este pequeño esquema para que veáis está la situación respecto de estas.

Como ven, la target, tiene dos filiales:

- Aerosat USA: participada al 100%
- Aerosat UK: participada al 100%
- Aerosat México: cuenta con todas las acciones menos 1 y que, para su adquisición, la target necesitó de la correspondiente autorización administrativa del gobierno mexicano

A nuestro modo de ver, la operación, desde el punto de vista de las filiales se debería estructurar de la siguiente manera.

A la hora de la compra de la target, en la operación se hará una Due Diligence. En esa DD se deberán de incorporar al “scope” de la operación las filiales de la target y así veremos las contingencias o no de estas. Es importante destacar que estas filiales tienen los domicilios sociales en; Texas, Manchester y México, con lo cual quizá será conveniente contratar con un asesor en cada uno de estos países para ver que nos ayude en este proceso. Además, durante este procedimiento de Due Diligence, el asesor que se contrate para llevar a cabo el estudio de

la filial de México, deberá de tener en cuenta y examinar las autorizaciones que en su momento la target necesitó para la adquisición. También ver todos y cada uno de los contratos que tiene esta filial con la target para examinar el tema de la transmisión de esta y si sería o no posible desde el punto de los contratos firmados con el gobierno mexicano. Las otras dos filiales están participadas al 100% con lo que entendemos una mayor facilidad en su transmisión.

Una vez hagamos el proceso de due diligence y hayamos mirado las filiales desde el punto de vista, fiscal, laboral, etc... ya podremos valorar si queremos o no comprar las filiales ya que nos podemos encontrar con contingencias serias y que nos influyen o no a la hora de comprarlas.

Otro punto interesante dentro de la compra de las filiales sería el de elaborar un seguro de manifestaciones y garantías si finalmente nos decantamos en la compra de las filiales. Este seguro de manifestaciones y garantías "Reps and Warranties", funciona de la siguiente manera: el vendedor efectúa o realiza una serie de manifestaciones sobre el estado de lo que se está vendiendo y garantiza en cierto modo que eso es verdad. Si no se cumple con lo pactado o hay cierta información no facilitada u ocultada, se responderá por ello. Para nosotros que podríamos llegar a comprar las filiales de la target sería una garantía ya que como os comentamos os protegería de potenciales riesgos no identificados. Dentro de estas cláusulas de *Reps and Warranties*, habrá una serie de límites temporales por los que el vendedor responderá y que normalmente, dentro de los contratos que nosotros regulamos oscila entre 12 y 36 meses. Además, las partes también suelen pactar una cuantía mínima para que un daño sea indemnizable por el vendedor y o una cuantía máxima de la que será responsable el vendedor, generalmente vinculada al precio de compra.

Además de esto dentro de la operación con las filiales os recomendamos incorporar una cláusula de "Indemnities". Esta cláusula en los contratos de compraventa se suele incorporar, si bien la cláusula de "*reps and warranties*" busca protegeros para una serie de potenciales riesgos no identificados, la cláusula de "*indemnities*" que queremos que incorporéis, se centrarán a diferencia de las primeras en protegeros frente a una serie de riesgos que se puedan identificar durante la fase del examen de las filiales realizada en la due diligence. Con ello, trataremos de que en el caso de que alguna contingencia detectada finalmente se materialice, (ejemplo contingencias fiscales, falta de pagos y demás) se podrá exigir al vendedor que responda de ella.

Otro punto que hemos visto importante y que con el tema de las filiales y que vemos de gran utilidad dentro de la operación, sería hacer un "carve out" societario, esto nos ha parecido bastante interesante a la vez que estratégico dentro de la operación. Os permitiría elegir en la venta activos, separar un negocio dentro de alguna sociedad si os favorece mucho para posteriormente comprar únicamente aquellas filiales que os interesen dentro de la operación. Con lo cual si alguna en el proceso de DD tiene muchas contingencias la podríamos separar del proceso de compra y únicamente centrarnos en aquellas que más nos convengan en la operación.

Todas estas serían claras maneras de minimizar los posibles riesgos en la operación respecto de las filiales.

Retrasos en la operación

Puede ser, que durante la elaboración de la due diligence surjan cuestiones, que habrá que replantear y recomponer. Sin embargo, se ha de tener presente que la sociedad Aerosat S.A. tiene un 65%, el Holding Familiar DXVL tiene 20% y una sociedad holandesa, es propietaria del 15% restante. Entre ellos hay un pacto de socios que sigue vigente. Debemos de tener presente también que TecnoCom posteriormente quiere vender gran parte de su grupo a otra compañía americana, la cual estaría interesada en vender el 100% (y no el 65% del capital del target).

Deberemos de tener en cuenta si entre ellos y en el pacto de socios tenemos cláusulas como:

Cláusula de cambio de control

Deberemos de tener en cuenta que quizá como consecuencia de la venta de las acciones, se produzca un cambio de control en la sociedad. Este tipo de cláusulas de cambio de control/change of control, pretenden dar cobertura a este tipo de situaciones.

Nos encontramos con una venta de una parte importante del accionariado de la Sociedad, en este caso un 65%, se deberá de notificar al resto de los socios minoritarios para que dado el caso otorguen un consentimiento.

Hablamos de cláusulas que generalmente, con una venta de más de un 50% se activan automáticamente.

Como consecuencia si entra en funcionamiento esa cláusula de cambio de control, el resto podrían exigir, el reembolso de la totalidad de lo principal. Si no se notifica esto correctamente, podrían exigir una indemnización por daños y perjuicios.

Autorización de venta

En algunos casos debemos valorar si en el pacto de socios se incluye una autorización de venta. Hay que tener en cuenta que nos podemos encontrar con que la compra de la totalidad o del 65% del target se encuentre sometido a, una autorización de venta, por parte del Holding Familiar DXVL S.L. titular del 20% y la sociedad holandesa ABNEST BV, titular del 15% restante. Esto podría ser una especie de condición suspensiva al contrato de compraventa de acciones y tener consecuencias en el caso de que no se lleve a cabo.

Además, hemos investigado en la actual legislación y hemos podido ver como recientemente se aprobó el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio sobre inversiones exteriores que entró en vigor el 1 de septiembre de 2023, este modifica y desarrolla el régimen de inversiones extranjeras que se van a llevar a cabo en España. Este regula y trata temas de "inversiones extranjeras directas". Lo que quiere es aportar una mayor seguridad jurídica al ayudar a definir los sectores estratégicos o las inversiones sujetas por perfil de inversor además de reducir a la mitad del tiempo de duración de los expedientes de autorización.

Es importante que sepáis desde TECNOCOM que la target que tenéis intención de comprar esta especializada en desarrollos tecnológicos para la industria aeronáutica, aeroespacial y de defensa. Por lo tanto, será preciso analizar muy bien el negocio de la target que se compra y si

la inversión (extranjera) que se va a realizar desde TECNOCOM de manera previa, necesitará de algún tipo de autorización. Esto se suele dar o bien por el perfil del inversor, bien porque afecte a uno de los principales sectores estratégicos de España y este no descartamos que pueda serlo. Por eso es muy importante como acabamos de decir, el tener en cuenta la actividad de la target por si fuese un sector muy relevante y la inversión extranjera que se va a desembolsar en España requiere de algún tipo de autorización. Este nuevo RD sin embargo nos dice que si la cifra de negocios de la sociedad que se va a adquirir es de menos de 5.000.000 de euros en el último ejercicio contable cerrado no se necesitará de esta autorización.

Sin embargo, en el caso de que la operación, quede sujeta a autorización previa bien por el perfil del inversor o bien porque se considera que la actividad de la target que se va a adquirir entra dentro de algún sector estratégico en España el plazo de autorización con la entrada de este RD se reduce de seis a tres meses.

Quizá esto no sea relevante dentro de la operación, sin embargo, como queréis tener en cuenta todos los tiempos, posibles retrasos dentro de la operación, ver todos los riesgos y el modo de proceder, desde Ortiz & Co queremos comentaros la entrada en vigor de este RD para el caso de que el sector se considere estratégico lo tengáis en cuenta.

Opciones para someter el SPA

Es importante tener en cuenta que dentro de una operación como esta y con carácter a posteriori pueden surgir disputas que deriven de la compraventa, en este caso, podemos decir que dentro del SPA deberemos de incorporar una cláusula que regule el modo de proceder en caso de que haya un posible conflicto entre las partes.

Nosotros desde Ortiz & Co hemos querido reflejar en este informe posibles alternativas a la resolución de conflictos que puedan surgir como consecuencia del contrato que se va a llevar a cabo. Aunque su preferencia sabemos que es someter el SPA a un arbitraje de la CCI valoraremos como les comentamos distintas opciones.

En primer lugar, queremos que tengan en cuenta la opción clásica y la que nosotros solemos introducir en la mayoría de los contratos de compraventa. Someter cualquier tipo de disputas a los tribunales.

Tribunales

Los juzgados y tribunales, suelen ser el medio más adecuado para resolver conflictos, pero no siempre es así. Dependerá de lo que quieran las partes y del tipo de negocio que sea.

Es importante tener en cuenta que, en España, que entendemos será, el lugar en el que se llevará a cabo una posible disputa, aunque puede ser pactado de manera expresa por las partes, el procedimiento de actuación ante los tribunales esta completamente regulado y ello proporcionará seguridad jurídica al procedimiento. Se encuentra en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y que es conocida como la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, es importante tener en cuenta que, como clara ventaja de este medio de resolución de disputas, las partes en el caso de que no estén de acuerdo con una decisión que haya sido adoptada por el juez o tribunal esta puede ser recurrida. Suele ser un procedimiento más barato que el arbitraje

que vosotros tenéis en mente. Sin embargo, el procedimiento se puede demorar más que el que vosotros preferís, aunque hay que tener en cuenta la especialización de la persona que va a resolver la disputa ya que quizá dentro de un arbitraje la persona esté más especializada en la materia objeto de disputa.

Arbitraje CCI

Tenemos en cuenta, que nos habéis comentado que vuestra preferencia sería en caso de que se diese alguna disputa dentro del procedimiento, someter el procedimiento a un arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. Les recordamos que en España el arbitraje se trata de ante un sistema hetero compositivo de resolución de conflictos, un tercero que no es parte dentro del procedimiento entra, aplica una solución que es vinculante para las partes.

Si hablamos de las características más importantes del procedimiento son:

- Se lleva a cabo si ambas partes lo han acordado. Es consensuado por ambas partes.
- Los árbitros son imparciales y expertos en la materia en disputa.
- Confidencial, dentro del proceso se protege información sensible para las partes.
- Mayor rapidez y flexibilidad que en los procedimientos judiciales.
- Decisión vinculante, definitiva y obligatoria para las partes.
- Carecen de impugnación, generalmente en un procedimiento judicial, la parte más perjudicada del procedimiento suele impugnar la decisión. En el arbitraje, solo se podrá solicitar anulación si se han vulnerado, motivos formales o que es su momento se pactaron.
- Si las partes así lo acuerdan podrá llegado el caso intervenir un tribunal en el procedimiento.

Sin embargo, también nos podemos encontrar con una serie de desventajas dentro del procedimiento como son:

- Coste más elevado.
- Si el árbitro no está muy especializado, puede que perjudique a una de las partes.
- Tener en cuenta la elección de los árbitros. (En la práctica se dan casos en los que los árbitros también ven negocio en los asuntos, lo que puede aceptar a su imparcialidad).

En España, actualmente existe una Ley que regula el arbitraje, la Ley 60/2023, de 23 de diciembre de arbitraje.

Si finalmente el arbitraje no se considera un procedimiento adecuado para llevar a cabo la operación, podemos decir que como métodos alternativos tenemos: (I) la mediación (ii) someter a los tribunales la disputa.

Comentarles también que en España existen otros métodos de resolución de disputas, como la mediación o la conciliación y que vamos a explicarles:

Mediación

Mediación: es un método de solución de controversias en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo a través de una persona medidora, que actúa facilitando el diálogo y el acuerdo de manera imparcial y neutral, pero sin hacer propuestas de ningún tipo. Además, el proceso de mediación es confidencial.

En España este sistema de resolución de conflictos cuenta con regulación en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Conciliación

En este caso hablamos de otro método de resolución de disputas, en el que hay una intervención activa por parte de un conciliador, la generación de propuestas, por parte del conciliador y que pueden ser aceptadas o no. Estas propuestas tratarán de ser justas y equilibradas para las partes. Por último, hay que añadir que el procedimiento es al igual que en la mediación, confidencial y voluntario.

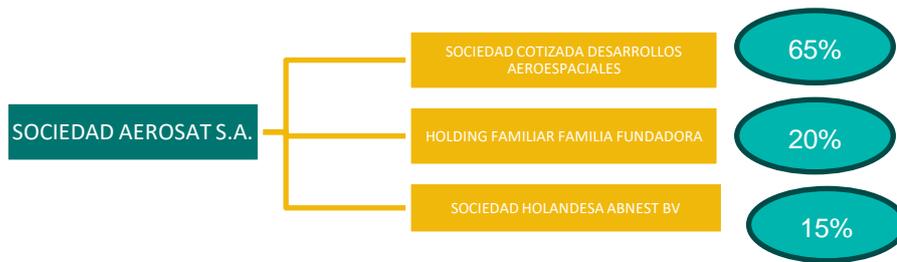
Recomendación desde Ortiz & CO

Como vuestros abogados, lo que nosotros os recomendamos es que dada la complejidad tanto del negocio de la target objeto de compra como de la operación, si podéis llegar a un acuerdo para someter a un arbitraje las disputas que puedan surgir dentro del procedimiento creemos que sería la mejor opción.

Por varios motivos; si lo pactáis de manera expresa no se rechaza totalmente los tribunales, podéis encontrar una mayor especialización en la materia dentro de los árbitros que lleven a cabo el procedimiento, hay una mayor facilidad y rapidez en la resolución de los conflictos. Quizá va a ser más cara, pero dentro de una operación tan relevante para vosotros, el grado de especialización del árbitro y demás factores como la confidencialidad del proceso pueden hacer que en el futuro os veáis favorecidos.

Recomendaciones por ser el accionista mayoritario de la target una entidad cotizada

Para empezar a abordar la duda que tenéis respecto de si sería necesario la adopción de alguna cautela por el hecho de que el accionista mayoritario de la target sea una entidad cotizada, en primer lugar, hemos querido volver a reflejar el esquema que os hemos adjuntado al principio del informe ya que entendemos que así os será más fácil tratar de solucionar la consulta.



Como vemos, nuestro vendedor y el accionista mayoritario es una entidad cotizada, en España tenemos, mercado primario y secundario de valores. Hablamos de un mercado primario como aquel donde la entidad emite sus acciones por primera vez, una vez las acciones están en circulación se negocian en un mercado secundario.

(i) En nuestro caso, como sabéis la entidad cotizada es la vendedora de las acciones y con la que nosotros tenemos que negociar. Tendríamos que hacer un estudio a fondo de la entidad cotizada, porque se puede dar el supuesto que este 65% que vende de la target sea una parte importante o relevante dentro de la entidad cotizada, esto sería de gran relevancia para el devenir de la Sociedad y constituiría lo que se conoce como un HECHO RELEVANTE. El artículo 228 del texto refundido del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto 4/2015 de 23 de octubre, contempla el concepto de información relevante. Esto lo podemos definir podemos definir como aquella situación cuyo conocimiento puede afectar a un inversor, en la forma de tomar sus decisiones o incluso de forma sensible en su cotización en un mercado secundario. La CNMV tiene un registro donde publica la información relevante. Por lo tanto, en primer lugar, cumplir con todo lo relativo a comunicaciones a la CNMC. Además también hemos visto que hay una circular 4/2009, de 4 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre comunicación de información relevante que podría ser de aplicación en el caso de comunicación del mismo.

(ii) Una vez hemos comentado la posibilidad de que esta transmisión sea un hecho relevante para el accionista mayoritario de la sociedad vendedora, también deberíamos ver si esto sería un activo esencial para esta dentro de la operación. El artículo 160 f) nos dice que *“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 dentro de los activos de la

cotizada esta venta supera el 25%, deberá de ser aprobado en junta general de socios o accionistas y la venta de las acciones estará de alguna manera condicionada.

“Artículo 160. Competencia de la junta.

Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos

f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales.”

Habiendo visto lo anterior, deberemos tener en cuenta estas dos cosas, por si se necesita de autorización de la junta, para la posterior venta.

Tenemos que tener en cuenta que el accionista mayoritario es una sociedad cotizada y el 160 LSC no se aplica de manera directa a las cotizadas. Sin embargo, en la LSC, en el artículo 511 BIS LSC se nos dice que *“En las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la junta general, además de las reconocidas en el artículo 160”*. Visto esto afirmamos que si la venta constituye un activo esencial para el vendedor como una entidad cotizada, se necesitará de deliberación y aprobación en junta.

Implicaciones desde una perspectiva penal en la compraventa de acciones de la target

Sabemos que otro de los puntos que se está tanteando dentro de la operación es la posibilidad de llevar a cabo una compra de la totalidad de las acciones de la target, la sociedad AEROSAT S.A., ya que como nos comentasteis la compañía americana Satellite WYC estaría interesada en la compra de parte de su grupo y ello también conllevaría si fuera posible la compra del 100% del capital social de la target.

Este punto que nos habéis planteado nos gustaría empezar comentándolo desde distintos puntos y con base en el Código Penal español.

En primer lugar, el artículo 31 BIS del Código Penal nos dice que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos que sean cometidos por (i) ellas mismas, (ii) por sus representantes o (iii) por miembros que actúen individualmente o por miembros de la empresa y estén autorizados para tomar decisiones en ella.

A modo de ejemplo si en la Sociedad Aerosat S.A. los administradores cometen un delito la persona jurídica será penalmente responsable.

En un principio todas las personas jurídicas tendrán responsabilidad penal a excepción de las mencionadas en el artículo 31quinquies en el que se nos dice que esta no será aplicable a (i) el Estado, (ii) las Administraciones públicas territoriales e institucionales, (iii) los Organismos Reguladores, (iv) las agencias y Entidades públicas Empresariales, (v) a las organizaciones internacionales de derecho público, (vi) ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. La sociedad Aerosat S.A., no se encuentra dentro de estas por lo que le será aplicable este tipo de responsabilidad.

Una vez les hemos comentado este artículo, el artículo 130.2 también del CP nos dice que: *“La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede*

fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión.” Bien este artículo nos deja claro que en el caso que de se quiera comprar la totalidad de las acciones de la sociedad Aerosat S.A. no se extinguiría la responsabilidad penal de esta ya que se trasladaría a la sociedad que se quede con ella, en este caso TecnoCom.

Una vez hemos visto, que esa mala gestión llevada a cabo por la target o por sus administradores derivaría en responsabilidad para TecnoCom, nuestra recomendación sería el elaborar una due diligence enfocada en un plano penal para identificar posibles riesgos y responsabilidades penales antes de adquirir la empresa. La finalidad de hacer esta due diligence penal es como decimos:

- Ver posibles delitos económicos en los que pueda estar involucrada la empresa
- Ver que se cumple con la normativa legal aplicable
- Tratar de evitar el adquirir esa responsabilidad penal de la target
- Tratar de incluir posibles cláusulas de protección en el caso de que efectivamente haya un incumplimiento

Una vez hecho esto, nos encontraríamos con una sociedad:

- a) Sin problemas penales y que no habría problemas tras su adquisición
- b) Una organización con controles dentro de ella en la que se ha detectado que ciertas personas han cometido un ilícito y tratar que recaiga sobre ellas cierta responsabilidad
- c) Una organización sin controles con responsabilidad penal y que puede poner en riesgo el hecho de adquirirla o no

También nos gustaría mencionar una serie de programas que en las empresas son de gran utilidad y que son los programas de compliance. Los programas de cumplimiento o “compliance” son instrumentos que utilizan las empresas para prevenir, detectar y reaccionar frente a posibles conductas delictivas que sus miembros puedan llevar a cabo y de las que se pueda derivar la responsabilidad penal de la organización. Estos programas, implementan una serie de medidas que aplicadas en la organización buscan por un lado garantizar el cumplimiento de todas las leyes y normas internas adoptadas y promovidas por la dirección y la aplicación de buenas prácticas en los procesos y procedimientos internos de la organización. No solo ayudan a detectar hechos ilícitos sino también saber como reaccionar de manera adecuada.

Son de total actualidad y vienen en la línea de como se está actuando desde Europa que recientemente incorporó la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 conocida como “Directiva Whistleblowing”. Esta es obligado cumplimiento para personas jurídicas que tengan 50 o más trabajadores contratados (también partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales que gestionen fondos públicos) y que protegerá a trabajadores que informen sobre infracciones cometidas en el ámbito laboral o profesional. De esto informarán a través de un canal de denuncia anónimo. Habrá una expresa prohibición de represalias contra estas personas.

En nuestro caso quizá también sería conveniente hacer un programa de compliance post adquisición, para tratar de evitar problemas futuros, ayudar a cumplir lo establecido, fomentar la

cultura de cumplimiento y proporcionar formación continua a los empleados sobre las políticas y leyes para tartar que actúen de acuerdo con la normativa.

En cuanto a la documentación podemos decir que se le puede solicitar a la vendedora como documentación dentro de la operación el certificado de antecedentes penales que puede ser obtenido, tanto por personas físicas como por personas jurídicas. Este certificado es un documento oficial que verificará si ha cometido delitos en el pasado y que constan dentro del Registro Central de Penados en la fecha en la que son expedidos. Se puede solicitar o bien en persona o bien por correo postal. El plazo máximo que exige la emisión de este es no más de 10 días hábiles. También para evitar ser castigados penalmente con artículos como el 305 CP que castiga el fraude contra la Hacienda Pública, deberemos de solicitar como documento a la entidad estar al corriente de pago, así quizá evitemos una sanción derivada de este artículo.

Pacto de socios

En esta preguntame en la que nos hacéis referencia sobre una serie de dudas respecto a lo establecido en el pacto de socios hay que recordar que este fue suscrito por la totalidad de los accionistas de la target en 2018 y que este sigue plenamente vigente. Además, nos habeis comentado que hacer las modificaciones que nos habeis planteado seria de vital importancia para vosotros casi necesaria para llevar a cabo la firma.

Respecto de esto que nos comentáis desde Ortiz & Co os proponemos con los requisitos que queréis dos opciones:

(I) La primera sería dentro del SPA dejar alguna cláusula suspensiva en la que se regule que el contrato de compraventa quedará sujeto a las modificaciones del pacto de socios. Si esta no se llevase a cabo, TecnoCom como comprador y habiendo solicitado esto al vendedor y siendo requisito indispensable dentro de la operación dejará el contrato sin efectos.

Os adjuntamos una cláusula suspensiva, que nosotros tenemos como modelo dentro de nuestros contratos para que tengáis una pequeña referencia:

Cláusula [*] – Condición suspensiva

El Contrato que a fecha [*] subscriben las partes, quedará sujeto a las modificaciones solicitadas por la parte Compradora relativas al Pacto de Socios suscrito en 2018 y que sigue plenamente vigente (“Pacto de Socios”). Si la parte Vendedora no modifica lo expresamente solicitado por la compradora el presente Contrato quedará sin efectos a voluntad de la parte Compradora sin posibilidad de que la compradora reclame una indemnización por ello. Considerándose esto como esencial dentro del contrato.

(II) Otra opción además de la ya mencionada que es muy común dentro de las compraventas de empresas el firmar el contrato de compraventa y dejar condicionado el cierre total de la operación a una serie de obligaciones por una de las partes. Dentro de las obligaciones de las que hablamos, podría ser la de dejar supeditada el cierre la modificación del pacto de socios con las voluntades manifestadas por la parte vendedora. Por ello debemos diferenciar entre el “*signing*” de la operación y el “*closing*”. Nosotros hemos llevado a cabo la utilización de este tipo de cláusulas poscierre en operaciones y es una forma de asegurar que lo que en este caso quiere el comprador se cumple y si no la operación se podría caer. OS podemos asegurar que nosotros

hemos tenido operaciones con estas cláusulas y finalmente se han caído por el no cumplimiento postcierre.

Nosotros, como vuestros abogados parte compradora y siendo esto una condición necesaria para llevar a cabo la operación cualquiera de las dos maneras nos parece riña una buena idea para atar esto.

Obligación de no transmisión durante el mayor tiempo posible

En primer lugar, sabemos que os gustaría imponer al socio minoritario la obligación de no transmitir las participaciones durante un determinado plazo. Respecto a esto, podemos decir que: el 123 LSC nos dice que serán nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción. Hablamos de sociedades que son abiertas, y que lo que se busca es un cierto movimiento en el capital. Para las S.L. el 108 LSC nos da la clave si nos encontrásemos en esta situación. El 108.4 LSC nos daría la respuesta a esto ya que los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por un periodo de tiempo no superior a 5 años a constar desde la constitución de la sociedad.

Tras esta primera aproximación podría parecer que no se podría llevar a cabo esta obligación de no transmitir.

Sin embargo, el 123.3 LSC, nos dice que la transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a “la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permiten denegarla.” “Salvo prescripción contraria en los Estatutos la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.” Además, si se presenta esta autorización y no se dice nada al respecto en un plazo de dos meses, se entenderá que la autorización ha sido concedida.

Con lo anterior entendemos que la duda respecto a si se podría imponer una obligación a los socios minoritarios de vender sus acciones, decimos que sí por un periodo no superior a 5 años y siempre que se autorice debidamente. Se podrá pactar un plazo superior al establecido si se acuerda en una cláusula del contrato y ambas partes están de acuerdo.

Forzar en la venta a los minoritarios

Sabemos también que otra de sus preocupaciones respecto del pacto de socios es la posibilidad de forzar a vender las acciones a los socios minoritarios de la target en el caso de que recibáis una oferta de compra del 100% de la target por parte de Satellite WYC o llegado al caso de cualquier otro tercero.

Si hablamos de cláusulas que regulan el forzar dentro de una sociedad a vender sus acciones podemos diferenciar entre:

(I) Tag-along (o derecho de arrastre) que tiene como finalidad la protección de los socios o accionistas minoritarios, ya que el socio mayoritario recibe una buena oferta para la venta de las participaciones o de las acciones y estos se unen a ello.

(II) Sin embargo, en nuestro caso no serían los minoritarios los que se quieren unir, sino que queremos forzarles a la venta de las acciones o de las participaciones. Para ello, utilizaríamos una cláusula drag-along (o de derecho de arrastre) ya que en este caso una entidad quiere tomar el control de la sociedad. A nuestro caso, será aplicable, ya que quizá la oferta por parte de Satellite WYC (pudiendo ser también otro tercero) del 100% y para ello queremos arrastrar o forzar a los socios minoritarios en la venta.

Expuesto lo anterior utilizaríamos este último tipo de cláusula.

Sin embargo, ha sido amplio el debate de si se podían o no incluir este tipo de cláusulas tag-along o drag-along en los estatutos sociales y su posterior inscripción en el Registro.

En nuestro caso, y con este tipo de cláusula drag along regula el exigir al minoritario la venta.

En primer lugar, queremos hacer mención a una resolución del 4 de diciembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en un recurso interpuesto contra una calificación negativa de una registradora a inscribir la escritura pública de una modificación de unos estatutos sociales que contienen este tipo de cláusulas.

Con este tipo de cláusulas de derecho de arrastre lo que queremos evitar es una cierta extorsión por parte de socios minoritarios que con su conducta puedan hacer inviables ciertas transmisiones.

Hablamos de una resolución, que se decanta de manera favorable a inscribir este tipo de cláusulas en el Registro Mercantil y en los estatutos de la sociedad. Esta, nos da una serie de pautas que pueden ser relevantes en el caso de que se quieran incluir para ver también como se deben encontrar reguladas.

Este tipo de cláusulas deben contener:

- Forma y plazos del ejercicio
- Precio mínimo aplicable a la transmisión forzosa
- Porcentaje mínimo con el que se puede forzar a la venta (que normalmente debe estar en torno a un 50% y nuestro vendedor tiene un 65% con lo cual entendemos que no habría ningún problema).
- Consentimiento de los socios

Esta resolución nos dice que *“exige en su configuración estatutaria el consentimiento unánime de los socios, sin que pueda suplirse, dicho consentimiento unánime, atribuyendo un derecho de separación al socio que no hubiere votado a favor, por no ser una mera cláusula de restricción de transmisión de participaciones sociales (cfr. artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de*

Capital). Ello no significa que el consentimiento de todos los socios deba ser necesariamente expresado en forma de acuerdo adoptado por unanimidad en la junta general en la que hayan estado presentes o representados todos los socios. Es suficiente el acuerdo mayoritario de la junta siempre que a tal acuerdo presten su consentimiento individual todos los demás socios, en la misma junta o en un momento posterior (así resulta del artículo 207.2 del Reglamento del Registro Mercantil, que para la inscripción de la introducción en los estatutos sociales de una nueva causa de exclusión exige que «conste en escritura pública el consentimiento de todos los socios o resulte de modo expreso dicho consentimiento del acta del acuerdo social pertinente, la cual deberá estar firmada por aquéllos.»

Es verdad que la resolución siempre es argumentada bajo las bases de una sociedad de responsabilidad limitada.

Sin embargo, con artículos como el 28 de la ley de sociedades de capital, que nos dice que “en los estatutos se podrán incluir los pactos y condiciones siempre que no se opongan a las leyes...”, el 291 LSC que nos dice que “Cuando la modificación de los estatutos implique nuevas obligaciones para los socios deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados” el 351 LSC que nos dice que “En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad” como se nos habla de “SOCIEDADES DE CAPITAL” y en el art 1 LSC se nos dice que estas las forman las S.L. las S.A. y la Sociedad Comanditaria por acciones, entendemos que en nuestro caso se pueden llevar a cabo.

Dicho lo anterior en la resolución como hemos visto SÍ que se admiten este tipo de cláusulas en los estatutos y SÍ que se permite su inscripción en el registro, pero debiéndose cumplir todas las formalidades.

Eliminación de los derechos de veto

Para vosotros, también es fundamental eliminar los derechos de veto en la junta y en el Consejo que en este caso corresponden a la sociedad Abnest BV que como sabéis es el accionista minoritario de la target con un 15% del capital.

Debemos de tener en cuenta que la en el pacto de socios se regula que:

Cláusula 13 – Modificación del pacto de socios

Para llevar a cabo la modificación del pacto de socios bastará con el acuerdo del 80% de los votos y que el Holding Familiar DXVL S.L., estuviese de acuerdo con dicha modificación.

Respecto de este punto es necesario en primer lugar remitirnos a la LSC concretamente a su artículo 200.1 LSC en el se nos dice que “Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad.” Viendo esto podemos entender que llevar los acuerdos a a unanimidad lo podríamos entender como algo que no es legal.

En nuestro caso y de acuerdo a los estatutos, para llevar a cabo una modificación podemos decir que se necesitaría un acuerdo del 80% este como mínimo se conseguiría dentro del caso que nos planteáis con el acuerdo de TecnoCom y del Holding Familiar. Entendemos que esto entra dentro de la legalidad y que no se llega a la unanimidad que prohíbe la LSC por lo tanto cumple con ciertos marcos legales

El tema del Derecho del Veto, desde Ortiz & Co entendemos que es totalmente legal, de acuerdo a principios establecidos dentro de la LSC como podrían ser los del artículo 28 en el que se nos dice que *“En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.”*

Dentro de lo que nos habéis comentado, si se modifica y se elimina ese derecho de veto con un acuerdo de las mayorías legales establecidas en cierto modo lo que llevaría a pensar es que hay un claro abuso por parte de los mayoritarios sobre un accionista que tiene un 15%.

El problema aquí es que como nos comentáis hace falta el consentimiento y firma del resto de las partes que forman el pacto de socios. Quizá ese accionista perjudicado no quiera firmar y debemos de buscar una alternativa. Como una posibilidad viable, podemos decir que podríamos tratar de negociar con este accionista para en el caso de que se elimine ese derecho de veto tenga otra retribución como por ejemplo con una retribución preferente como consecuencia de la eliminación de ese derecho de veto.

Desde Ortiz & Co entendemos que las cláusulas que aquí se han tratado son legales conforme al derecho español. Como hemos dicho estas podrían incorporarse como cláusulas independientes dentro del SPA o llegado al caso introducir las cláusulas que anteriormente os hemos mencionado. Las cláusulas que regulen las condiciones suspensivas del contrato y diferencias bien entre el “signing” y el “closing” para regular y concretar bien esto en nuestro contrato, será clave para llevar a cabo las modificaciones respecto de los pactos de socios.

Acceso a conocimiento e información tecnológica de la Target

Imaginamos, que otro de los motivos por los que lleváis a cabo la operación es porque ya sabéis que la propiedad industrial de la target es de alto valor. Con lo que nos comentasteis, hemos investigado y nos ha quedado claro que son titulares de varias patentes, así como del Know how asociado a las mismas. Además, han cedido la explotación de distintas patentes. Las cesiones de estas les proporcionan una serie de ingresos vía royalties (que por si no lo saben son pagos que se efectúan a cambio de una licencia de uso u otro derecho de determinados productos o servicios).

Es muy importante dentro de este punto de la operación, tener en cuenta que en Madrid la target cuenta con seis ingenieros que además de estar cualificados, tienen mucha información y conocimiento, que en cierto modo no solo nos interesa mantenerlos por su cualificación, sino también porque pueden tratar de transmitir esta información a nuevos ingenieros y así beneficiarnos doblemente en la compra.

Como queremos acceder a conocimiento e información vamos a tratar de retener a estos ingenieros y con ello tratar de sacar el máximo partido posible a la propiedad industrial de la target.

(i) Por un lado, podemos valorar una retribución a través de las stock options, que son un sistema de retribución que se basa en la entrega de una opción de compra sobre acciones o participaciones de la empresa, en un momento futuro si se cumplen una serie de objetivos por parte de los empleados. El precio será fijado por las partes. Este suele ser inferior al valor de las participaciones en el momento de ejecutarse la opción.

La finalidad de estas es alinear intereses de los accionistas con los directivos y empleados, ya que, si el precio de la acción aumenta, estos compran las acciones con posibles vistas en una futura venta de la que obtendrán beneficios.

Pasamos a poner un ejemplo práctico ya que pensamos que así lo entenderéis más fácil:

1. Pedro acuerda en su trabajo una retribución en stock options. Tiene derecho a comprar 800 acciones de la empresa.
2. Debe permanecer al menos 1 año en la empresa para poder acceder al 25% de las acciones pactadas. Posteriormente cada año que permanezca tendrá derecho a comprar un 25% del total de las 800 hasta llegar al 100%.
 - a) En este caso tenemos que distinguir el periodo llamado “cliff period” que será de 1 año hasta que tiene acceso a ese 25% inicial de la compra.
 - b) Por otro lado, tenemos el periodo de *vesting period* que será el periodo de tiempo total hasta que consiga cubrir la totalidad de acciones.

(ii) Otra manera que quizá para nosotros es la que más nos interesaría sería la de implementar Phantom Share, otra vía para retener a empleados de la empresa, incentivándolos y tratando de garantizar su compromiso con el éxito de la empresa.

Los phantom share o participaciones fantasma, provienen del mundo anglosajón, y la gran diferencia con otros métodos en este caso no se otorgan derechos políticos o de control sobre la empresa, pero sí que proporcionan a los titulares derechos económicos que vendrían vinculados al crecimiento de la empresa.

Os ponemos también un ejemplo práctico para que veáis como operan en la realidad:

1. La Sociedad X ofrece 150 phantom shares vinculadas a 150 participaciones sociales ya que tienen valor de 1 euro.
2. Una vez cumplido el periodo de *vesting* fijado de 3 años el valor de las participaciones asciende a 175 euros
3. Si se ejecuta el Phantom Share el empleado ganaría $[(175 \cdot 150) - (150 \cdot 1)]$

La gran diferencia entre ambos mecanismos como os acabamos de reflejar es que con las stock options entras a formar parte del accionariado de la empresa/sociedad, sin embargo, con los phantom share no. Aunque ambos son mecanismos para incentivar a empleados y tratar de unir los objetivos de unos con los de los otros.

Vistos los dos mecanismos entendemos que para nosotros tendría más sentido inclinarnos por los phantom share ya que, evitamos que los ingenieros entren dentro del accionariado de la sociedad, retenemos el talento, conservamos información valiosa y además podemos si finalmente se lleva a cabo la operación transmitir todo ese conocimiento gracias a la retención de estos.

Como última puntualización a este punto y vistos una serie de mecanismos para poder seguir beneficiándonos de todo lo relativo a la propiedad industrial. Podemos decir que aunque los royalties proporcionen ingresos, también deberíamos de hacer un estudio para ver si con la compra de la target y lo que sería una transmisión de esa propiedad industrial, seguiríamos interesados o bien en seguir recibiendo esos royalties y que proporcionan ingresos importantes o bien en ver el contrato de transmisión de la licencia a favor de la sociedad holandesa para ver cómo podríamos hacer para en el caso que nos interese tratar de dejar de lado ese contrato y hacernos con la explotación de la patente.

Compra de activos y pasivos relacionados con el negocio aeroespacial de la target

Información a la target

En primer lugar, nos habéis pedido que os asesoremos en relación con la información que deberíamos pedir a la target para asegurarnos de que el conjunto de activos y pasivos a adquirir constituye una unidad autónoma de negocio.

Con relación a este primer punto comentaros que la casuística que rodea la adquisición de un negocio autónomo es enormemente amplia y puede tener diferentes formas:

- Compra directa del negocio
- Cesión del contrato que nos interesa
- Adquisición de una rama de negocio
- Absorción de la entidad.

En primer lugar, para ello se debe de tener en cuenta que la target está especializada en desarrollos tecnológicos para la industria aeronáutica, aeroespacial y de defensa.

Cuanto mejor se conozca este sector más fácil se entenderá la operación y en consecuencia con mayor facilidad se entenderá la información que hay que pedir a la sociedad objeto de compraventa. Ante esto, desde Ortiz & Co, tenemos un experto en esta materia que casualmente ha hecho una operación hace relativamente poco en la que se compro una target que

desarrollaba una actividad igual a la que en esta compraventa nos ocupa. Aplicaremos la documentación que se pidió en su momento para esta compraventa del mismo modo, os recomendamos pedir:

- En primer lugar, deberíamos de pedir un balance de situación detallado, identificar los activos y pasivos asociados al negocio aeroespacial, que deberán de estar diferenciados del resto. A través de esto acotaremos el perímetro para posteriormente identificar lo que consideramos como unidad de negocio autónoma.
- En segundo lugar, un detalle ingresos y gastos de la actividad, que deberíamos poder observar en las cuentas anuales de la entidad, junto con la información contable de los últimos ejercicios. Esto es imprescindible para delimitar la unidad generadora de los ingresos y saber de dónde provienen
- Contratos que tenga la target y que le puedan generar grandes ingresos.
- Detalle del personal adscrito: es esencial que una unidad autónoma de negocio tenga personal asignado.
- A nivel de preventivo también solicitaremos un historial de litigios y de contingencias para evitar posibles contingencias.
- Permisos y autorizaciones administrativas, es necesario confirmar que estas siguen en vigor con ello confirmar que la unidad de negocio esta operativa.
- Declaraciones fiscales: es esencial que estas las tenga actualizadas y al día sin pagos pendientes o deudas.
- Precios de transferencia: la entidad deberá de aportar la documentación de precios de transferencia actualizada.

Este último punto es particularmente importante pues el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) establece que las operaciones entre entidades vinculadas deben realizarse como si se tratase de transacciones entre partes independientes. Además, las empresas deben tener documentación que justifique estos precios de transferencia, la cual debe estar disponible si la administración tributaria la solicita.

Si nos encontramos en una operación en la que aplica tributación transfronteriza y diferentes filiales, tendremos que tener muy clara que la documentación de precios de transferencia está acorde a los parámetros tributarios nacionales.

Implicaciones fiscales en la compra de activos

Respecto al impuesto de sociedades

En una compra de activos, lo que paguéis vosotros como compradores será su nuevo valor fiscal. Este valor servirá como base para calcular las amortizaciones de estos. Así que entendemos que

podréis amortizar un importe mayor en los ejercicios futuros. Esta posible revalorización fiscal que se nos genera se traduce en una ventaja fiscal ya que:

- Tenemos una amortización fiscal más alta
- Se permite optimizar la carga fiscal de la operación a largo plazo.

Respecto de la amortización de intangibles, es importante que os lo pongamos en el informe ya que como sabéis la propiedad industrial de la target es de alto valor. El artículo 12.2 de la Ley de del IS nos dice que el inmovilizado (las patentes) se amortizarán de acuerdo a su vida útil. Cuando no se puede determinar la amortización será deducible con el límite anual máximo de la veinteva parte de su importe.

Por ejemplo, si adquirís una patente por un valor de 1.000.000 de euros, se podrá deducir 50.000 euros anuales durante un periodo de 20 años

Respecto al Know How y otro intangible cuando su vida útil no puede determinarse, se amortizará en un plazo de 10 años como máximo. Un Know How adquirido por 500.000 se amortizará en 50.000 euros anuales si no se puede determinar su vida útil.

Respecto de los royalties (que os recordamos que son los pagos que se efectúan a cambio de una licencia)

La tributación futura de estos si se adquieren, es interesante ya que os podrían generar una serie de ingresos recurrentes. Estos estarán sujetos al Impuesto sobre Sociedades, en España, pero puede plantearse la utilización del régimen de Patent Box del artículo 23 de la Ley del Impuesto de Sociedades. Este nos habla de la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles. Según hemos hablado con nuestro socio de fiscal este régimen permite una reducción del 60% de la base imponible de los ingresos netos derivados de la cesión o explotación de activos intangibles como las patentes.

Respecto del IVA y del ITP

Ambos son impuestos. El IVA es un impuesto indirecto, que recae sobre el consumo. Cuando hablamos del impuesto de transmisiones patrimoniales, también es necesario decir que es un impuesto indirecto. La concurrencia de ambos no es posible en este caso, pues gravan el mismo acto con el mismo propósito. Si un acto está sujeto a IVA, no se aplicará ITP, y viceversa.

Aquí es muy importante especificar que el artículo 7.1 Ley Iva nos dice la transmisión de una unidad económica autónoma queda no sujeta a IVA. Entendiendo como esta como un conjunto de medios organizados que permiten llevar a cabo la continuidad de la actividad empresarial. Para acreditar esto es necesario:

- Existencia de activos y pasivos organizados que permitan la continuidad de la actividad empresarial.
- Compromiso de continuidad de la actividad, con esto lo que aseguramos es que no sea una mera especulación, sino que finalmente esto se lleva a cabo.

Además, el artículo 7.5 de la Ley ITP y AJD nos dice que no estarán sujetas al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas (cuando dice esto la ley se refiere al ITP), las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad económica. Sin embargo, los inmuebles transmitidos como parte de un patrimonio empresarial, si no tributan por IVA tributarán por ITP.

En resumen, si se considera la operación de transmisión como transmisión de una unidad económica autónoma, los bienes incluidos en esta no tributarán por IVA por la exención del artículo 7 y si lo harán por ITP.

Debéis considerar si os interesa que la operación revista esta forma, pues en nuestra opinión es mucho mejor tributar por IVA, el IVA es un impuesto que se puede deducir y por lo tanto luego se puede recuperar. Sin embargo, el ITP es un coste final y no va a entrar en el mismo circuito de deducibilidad que el IVA.

Laboral

Desde el punto de vista Laboral, es importante abordarlo de la siguiente manera. Vosotros queréis comprar activos, el target como sabéis se dedica a desarrollos tecnológicos para la industria aeronáutica aeroespacial y de defensa, lo que ello implica que habrá, naves, centros de trabajo y con ello trabajadores afectos a las unidades de negocio que se pretenden transmitir. Pues bien, nos hemos puesto en contacto con nuestro socio de laboral y él opina que deberíamos de abordar este punto desde la perspectiva y teniendo lo que se nos dice en el Estatuto de los Trabajadores, concretamente en artículos como el 44. En él se nos menciona que el cambio de titular de una empresa, *“no extinguirá por sí mismo la relación laboral quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”* esto como vemos hace mención a que en el caso de que ustedes compren este tipo de activos deberán de hacer frente con ello a trabajadores y demás inherentes a la actividad económica de la empresa. Se nos sigue diciendo que tanto el cedente como el cesionario responderán SOLIDARIAMENTE durante un periodo de 3 años de las obligaciones laborales, nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Por lo tanto, este punto en temas salariales deberá de ser acordado con la empresa vendedora y deberemos de atarlo muy bien dentro de la operación y en el contrato para evitar procedimientos judiciales que deriven en reclamaciones salariales, contribuciones a la seguridad social y demás conceptos.

Además de lo que hemos mencionado hay que tener en cuenta que no solo nos haríamos cargo de esos empleados en el momento de adquirir los activos sino también de los contratos de trabajo. Para ello y siguiendo con las instrucciones de nuestro socio, nos fijamos en el art 41 del ET donde se regula lo relativo a las condiciones de trabajo y modificaciones que estas puedan sufrir. Este artículo en su apartado primero nos dice que *“se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”* además nos dice que tendrán la consideración de este tipo de modificación las que afecten a i) Jornada de trabajo, ii) Horario y distribución del tiempo de trabajo iii) Régimen de trabajo a turnos iv) Sistema de remuneración y cuantía salarial v) Sistema de trabajo y rendimiento vi) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.

Este tipo de modificaciones si queréis hacerlas, no tenéis libertad en ello y será muy difícil que os las aprueben, depende del número de empleados que se vean afectados Habrá periodo para la notificación, otro periodo de consultas por parte de los trabajadores. Además, que como os venimos comentando, deberán de estar muy justificadas y en caso de que haya un traspaso de activos como es nuestro caso, se entiende que tenemos cierta solidez por lo que vemos muy improbable que os admitan este tipo de modificaciones, salvo en el caso de que estas sean mejoradas por vuestra parte, con mejoras salariales, mejora en las condiciones que entenderemos que no habrá problema por parte del empresariado facilitando mucho más la aplicación y entrada de estas medidas.

Además, una última puntualización respecto del plano laboral, si finalmente se hace efectiva la transmisión y os hacéis con la titularidad de los activos, se deberá de hacer una notificación al representante legal de los trabajadores de ese cambio de titularidad tratando en esta: i) Fecha prevista de la transmisión ii) Motivos de la transmisión iii) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión iv) Medidas previstas respecto de los trabajadores. Así viene reflejado también en el artículo 44 del ET. En el caso de que no haya representante de estos, el art 44.7 ET nos dice que se deberá de facilitar la información a los trabajadores que puedan resultar afectados como consecuencia de la transmisión. Esto además de deberá de hacer con una antelación suficiente.

No vemos desde el despacho mucho riesgo de incurrir en una implicación de carácter penal. Sin embargo, en la compra de activos es importante no incurrir en delitos como la estafa y el cohecho regulados en el Código Penal.

Consideraciones en la adquisición de una unidad económica de negocio

En este punto, es importante que tengáis en cuenta que, de cara a la adquisición de una unidad autónoma de negocio. si la operación cumple los requisitos del art 7 de la Ley del IVA, se encontrará dentro de las exenciones de este y por lo tanto no quedará sujeto al impuesto. Como os hemos dicho, la consideramos como el conjunto de medios que con su adquisición permiten llevar a cabo un desarrollo de la actividad

Es decir, para que nos encontremos ante este tipo de operación, se deberían de cumplir los requisitos que anteriormente os hemos mencionado. Anteriormente os hemos recomendado obviar esta operación, por lo que convendría evitar que pueda considerarse que es la operación que se está realizando, bien a través de adquisiciones específicas o puntuales de activos junto con contratos, bien evitando la contratación del personal clave. De este modo, evitaríamos encontrarnos ante la exención de IVA y podríamos deducir este impuesto en las adquisiciones.

Será imprescindible realizar una Due Diligence fiscal con el objetivo también de encontrar más contingencias.

Habrà que realizar una planificación adecuada para el inmovilizado intangible y los valores de adquisición y, ver si los royalties que pueda generar este inmovilizado, se podrían beneficiar del régimen de Patent Box, que os hemos hablado anteriormente.

Sobre la cartera de intangibles

En este punto, desde el despacho os asesoramos valorar si los royalties generados se pueden o no beneficiar del régimen de Patent Box recogido en el artículo 23 de la LIS. Es conveniente revisar esto, porque si no podemos aplicar la reducción, estos ingresos tributarían al 25%.