
UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER: DICTAMEN JURÍDICO

Tutor: D. Manuel Díaz Baños

Descripción del trabajo:

El presente trabajo de Fin de Máster especialidad derecho de la empresa tiene por objeto dar respuesta al caso práctico planteado.

Elaborado por Enrique De Umaran Cabezón

ÍNDICE

Resumen.	2
1. La adquisición de participaciones sociales por parte de ABC.	2
1.1 Requisitos para la adquisición de participaciones.	2
1.2 Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.	4
2. La admisión, por el notario de la operación, de los poderes otorgados.	11
3. Formalidades adicionales	13
4. La suscripción de pactos parasociales.	18
5. Los pactos parasociales y los estatutos.	21
5.1 Traslado de los pactos para sociales a los estatutos sociales.	21
5.2 Registro de la estructura de nombramiento de los administradores.	23
6. Auditoría legal y fiscal de HP.	24
6.1 La cobertura vía manifestaciones y garantías propuesta por IESA.	24
6.2 Alternativas	25
7. La disposición de fondos para realizar la adquisición.	26
7.1 La utilización del dinero de la caja para pagar el precio de la compra.	26
7.2 Alternativas.	28
8. Traslado de domicilio social de HP a Madrid en unidad de acto.	30
9. Refinanciación de la compañía y el pago anticipado de toda la deuda existente.	32
10. Resolución y sustitución del contrato de O&M y sus riesgos.	35

Índice de abreviaturas.

Artículo (art.)

Código Civil (CC)

Ley de Sociedades de Capital (LSC)

Sentencia del Tribunal Supremo (STS)

El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC)

Ley de Modificaciones Estructurales (LME)

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP)

Special Purpose Vehicle (SPV)

Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH)

ABC Capital EU S.A.R.L. (ABC)

ABC Global Ltd. (GLOBAL)

ABC Trust (TRUST)

Hidro Power (HP)

Inversiones Españolas S.A. (IESA)

Resumen.

El desarrollo del presente Trabajo de Fin de Máster tiene como objeto asesorar a las sociedades ABC y XYZ en la adquisición de participaciones sociales de HP, pertenecientes a IESA, respondiendo en su desarrollo a todas las cuestiones y vicisitudes planteadas por las partes. Dichas cuestiones se enmarcan principalmente en la Ley de Sociedades de Capital, así como en la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales, la práctica habitual llevada a cabo en las operaciones de esta envergadura y, por supuesto, por lo establecido por la jurisprudencia y doctrina.

1. La adquisición de participaciones sociales por parte de ABC.

1.1 Requisitos para la adquisición de participaciones.

Respecto a la primera cuestión planteada relativa a si ABC puede adquirir participaciones de una sociedad española, tras realizar un examen exhaustivo de la LSC, la respuesta es que sí, no obstante para ello, será necesario ajustarse a los requisitos y formalidades establecidos en la regulación española.

De igual manera, dada la naturaleza internacional de nuestra firma, además de la Ley de Empresas de 1915 y, por supuesto, el Código Civil (de ahora, en adelante, CC), hemos llevado a cabo un análisis exhaustivo sobre la legislación internacional. Si bien es cierto que existen determinadas particularidades, sobre todo en la Ley de Modificaciones Estructurales, dado que la adquisición consiste en la adquisición total de las participaciones de una sociedad española será de aplicación la LSC.

No obstante, en el caso de que se contemple llevar a cabo esta operación, mediante otra de las opciones existentes en la legislación española, como la Cesión Global de Activos y Pasivos, esta firma dispone de los recursos suficientes para asegurarles así como para llevar a cabo dicha operación a lo largo del proceso, sin embargo, al no ser esta la operación sobre la que se solicita asesoramiento, nos centraremos en la adquisición de las participaciones de HP.

Una vez analizado cuál es la legislación aplicable así como alternativas a esta operación, es necesario tener en cuenta que la tipología societaria de ABC, en el presente caso se trata de una sociedad unipersonal extranjera de responsabilidad limitada, dado que internacionalmente se les denomina S.A.R.L. Asimismo, esta cuestión es de vital importancia, dado que según su tipología, en este caso sociedad limitada, se le aplicará su correspondiente régimen jurídico y requisitos.

De igual manera, si bien es cierto que el régimen jurídico aplicable se regula entre los artículos 106 a 112 LSC, de cara a proceder con la operación resulta necesario disponer de los estatutos sociales de HP, puesto que ahí se hacen constar las reglas de funcionamiento de la sociedad, y entre otras cuestiones los límites a la libre transmisibilidad de las participaciones.

Esto se debe a que la transmisión de las participaciones no se realiza entre socios, a favor de cónyuge, ascendientes o descendientes u otras sociedades pertenecientes al mismo grupo. No obstante, en el caso de que los estatutos sociales de HP, no recogen ninguna

particularidad o cuestión a este respecto, se aplicará de manera supletoria el régimen jurídico establecido en la LSC.

A este respecto, quedando a la espera de la recepción de conocer los estatutos sociales de HP, la LSC establece que para llevar a cabo la adquisición de participaciones sociales será necesario hacer constar esta en documento público. Asimismo, establece que cuando no nos encontremos en alguno de los supuestos anteriormente mencionados y a falta de regulación estatutaria la venta de participaciones deberá llevarse a cabo de la siguiente manera:

1- El socio transmitente de sus participaciones (IESA) deberá comunicarlo a los administradores (nombrados por IESA al ser el titular al 100% de la sociedad), haciendo constar el número (100%) y características de las participaciones, así como, el precio, condiciones (90% - 10%)y por supuesto, identidad del adquirente o adquirentes, esto es, ABC y XYZ

2- La transmisión deberá ser aprobada por la sociedad mediante la Celebración de Junta General, donde el asunto conste en el orden del día, y se ha adoptado por mayoría ordinaria, en este caso al ser IESA el titular del 100% de la sociedad, sólo será necesario su voto favorable, siendo por tanto un mero formalismo.

3- La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento, sin necesidad de comunicación al transmitente cuando uno o varios socios adquieran la totalidad de las participaciones, no obstante al ser HP una sociedad unipersonal, este punto no suscita ningún problema.

4- Al tratarse de una venta a título oneroso, el precio será establecido de común acuerdo, y en su defecto, el valor razonable de las participaciones sociales en el momento que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de venta, determinado por un experto independiente, que no puede coincidir con el auditor de la sociedad (HP)

5- Una vez comunicado el propósito de transmitir se dispondrá del plazo de un mes para hacer constar en documento público la transmisión de las participaciones.

Por todo ello, a falta de estatutos, sería conveniente adelantar otros pasos de cara a proceder a la comunicación del propósito de transmitir, tanto para la fijación del precio como para la elevación a público de la transmisión, lo cual conllevará más de un mes, dado que hay

que seguir un proceso muy concreto de cara a que la operación se lleve a cabo desde un punto de vista diligente y acorde a la legislación existente.

1.2 Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Por otro lado, en relación a las formalidades que deberán cumplir ABC XYZ y HP en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, principalmente resulta necesario dar cumplimiento a la Ley 10/2010, de 28 de abril así como a las formalidades establecidas en ella. De igual manera, es esencial dar cumplimiento al Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Igualmente, es importante destacar que, la presente ley es una transposición de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE, puesto que esto nos indica que, pese a las particularidades correspondientes a cada país, nos encontramos con una normativa armonizada a lo largo de la Unión Europea, lo cual es esencial dado que XYZ es una sociedad española y ABC una sociedad luxemburguesa, ambos países pertenecientes a la Unión Europea.

Asimismo, teniendo en cuenta que el objeto de la Ley es la protección integral del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica, se establecen determinadas obligaciones a los sujetos obligados determinados en ella. Por ello, en primer lugar resulta necesario desengranar las tres sociedades involucradas en la operación de adquisición de participaciones sociales, de cara a determinar si son sujetos obligados o no puesto que se apreciar la aplicación en cualquiera de las sociedades de su grupo, esto es, holding, subholding, etc.

A este respecto, vamos a empezar analizando ABC, dado que se trata de una sociedad luxemburguesa participada al 100% por GLOBAL, sociedad residente en las Islas Vírgenes que a su vez está al 100% participada por TRUST, un fideicomiso de derecho anglosajón con domicilio en Bermudas.

Una vez analizado quién es el titular real de la sociedad ABC y su composición, apreciamos que ABC es propiedad de un fideicomiso de derecho anglosajón, lo cual en virtud del artículo 2 de la Ley 10/2010 lleva aparejado una serie de obligaciones, puesto que se trata

de uno de los supuestos contemplados como sujetos obligados. Asimismo, teniendo en cuenta que en virtud de la Ley se establece que se consideran sujetos obligados toda persona jurídica que desarrolla dicha actividad, además de TRUST, todas las sociedades pertenecientes a su grupo, esto es ABC y GLOBAL podrían verse afectados por las obligaciones establecidas a su Holding.

En este sentido, ABC con el objetivo de dar cumplimiento a la Ley 10/2010 deberán cumplir con las siguientes medidas de diligencia debida:

I. Identificación de los intervinientes en operaciones

Identificar las personas jurídicas que desean intervenir en la relación jurídica mediante documentos expedidos por notarios públicos o incluidos en registros públicos

II. Identificación de los titulares reales,

Identificar el titular real y adoptar medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones.

La ley entiende como titular real:

- a. La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones
- b. La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica. A efectos de la determinación del control serán de aplicación, entre otros, los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.

Asimismo, teniendo en cuenta que nos encontramos en TRUST con un fideicomiso, dicho precepto considera titulares real de los fideicomisos:

- a. el fideicomitente o fideicomitentes.
- b. el fiduciario o fiduciarios,
- c. el protector o protectores, si los hubiera
- d. los beneficiarios o, cuando aún estén por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa la estructura jurídica; y
- e. cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios.

III. Identificación del propósito e índole de las relaciones de negocios: Identificar de la información de los clientes que permita conocer la naturaleza de su actividad profesional y adoptar medidas destinadas a comprobar y garantizar la veracidad de dicha información, teniendo en cuenta los diferentes niveles de riesgo.

IV. Seguimiento continuo de estas operaciones: Aplicar medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

Asimismo, teniendo en cuenta que GLOBAL es una entidad 100% participada TRUST, que es un fideicomiso de derecho anglosajón con domicilio en las Bermudas, XRZ y HP están obligadas a obtener, conservar y actualizar la información de los titulares reales, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2. c) y d). La información de los titulares reales se conservará por un plazo de 10 años a contar desde el cese de su condición de titular real, dado que aunque exista una sociedad holding, GLOBAL, al ser participada al 100% por TRUST, serían estos quienes estarían realizando la transacción.

De igual manera, ocurre con la titularidad real de la empresa, sin perjuicio de las obligaciones que les fueran exigibles por su normativa reguladora las sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones y cuantas personas jurídicas están sujetas a la obligación de

declarar su titularidad real, constituidas conforme a la legislación española, debiendo acreditar esto ABC.

Igualmente, es importante destacar que ABC se trata de una entidad luxemburguesa participada al 100% por GLOBAL, sociedad que radica en Islas Vírgenes, que a su vez está participada al 100% ABC TRUST que radica en las Bermudas, puesto que ambos países son denominados como paraíso fiscal en virtud de listado de 12 países elaborado por la UE el 4 de octubre del presente año. Esta consideración es de especial relevancia, puesto que en virtud del artículo 11 le serán de aplicación las medidas de diligencia reforzada dado que estos países presentan deficiencias estratégicas en sus sistemas de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Asimismo, sin el ánimo de producir las medidas a cumplir, procedemos hacer un listado de cara a visualizar y tener en cuenta desde un primer lugar, las acciones a adoptar:

MEDIDAS REFORZADAS DE DILIGENCIA (art. 20 Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo)	
I.	Actualizar los datos obtenidos en el proceso de aceptación del cliente
II.	Obtener documentación o información adicional sobre el propósito e índole de la relación de negocios.
III.	Obtener documentación o información adicional sobre el origen de los fondos.
IV.	Obtener documentación o información adicional sobre el origen del patrimonio del cliente.
V.	Obtener documentación o información sobre el propósito de las operaciones.
VI.	Obtener autorización directiva para establecer o mantener la relación de negocios o ejecutar la operación.
VII.	Realizar un seguimiento reforzado de la relación de negocio, incrementando el

	número y frecuencia de los controles aplicados y seleccionando patrones de operaciones para examen
VIII.	Examinar y documentar la congruencia de la relación de negocios o de las operaciones con la documentación e información disponible sobre el cliente.
IX.	Examinar y documentar la lógica económica de las operaciones
X.	Exigir que los pagos o ingresos se realicen en una cuenta a nombre del cliente, abierta en una entidad de crédito domiciliada en la Unión Europea o en países terceros equivalentes.
XI.	Limitar la naturaleza o cuantía de las operaciones o los medios de pago empleados.

Por otro lado, respecto a las medidas de información establecidas a lo largo del artículo 17 al 25 de la Ley 10/2010, de cara a tener en cuenta el tipo de acciones necesarios a adoptar procedemos a aceptar un listado que a posteriori nos será de gran ayuda de cara a controlar y demostrar el cumplimiento de dichas medidas:

MEDIDAS DE INFORMACIÓN	
I.	Examen especial de cualquier hecho u operación que pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales.
II.	Comunicación por indicio de blanqueo de capitales al SEPBLAC sobre cualquier certeza tras llevar a cabo el examen especial.
III.	Abstención de ejecución de las operaciones anteriores.
IV.	Comunicación sistemática en virtud de las prescripción reglamentaria.

V.	Colaboración con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.
VI.	No sujeción de los abogados a determinadas obligaciones.
VII.	Exención de responsabilidad impuesto por vía contractual sobre la comunicación de buena fe a la autoridad de control .
VIII.	Prohibición de revelación que se ha comunicado al SEPBLAC.
IX.	Conservación de documentos durante diez años la documentación en la que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas.

De igual manera, respecto a los controles internos recogidos en los artículos 26, 26 bis y 26 ter, consideramos oportuno realizar un listado de cara a garantizar y poder demostrar el cumplimiento en caso de que sea requerido

CONTROL INTERNO	
I.	TRUST aprobará por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida.
II.	Se establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.
III.	Se designará un representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión a una persona residente en España que ejerza cargo de administración o dirección de la sociedad.

IV.	Establecer un órgano centralizado de prevención.
V.	Realizar un examen externo sobre las medidas aprobadas.
VI.	Formar a los empleados.
VII.	Se adoptarán las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación.
VIII.	Aplicación de medidas de prevención en sus filiales (ABC).
IX.	Establecer políticas de protección de datos.
X.	Crear sistemas comunes de información, almacenamiento y, en su caso, acceso a la información y documentación recopilada.

Del mismo modo, se establecen obligaciones respecto a los medios de pago, donde se establece la obligación de realizar una declaración previa para la entrada en España de un medio de pago superior a 10.000 euros, 900.000 € como mínimo en el presente caso. Asimismo, los funcionarios aduaneros y policiales podrán controlar e inspeccionar a las personas físicas, así como sus equipajes. Igualmente, la información obtenida de la declaración deberá ser remitida al Servicio Ejecutivo de la Comisión a través de los medios habilitados para ello, además dicha información podrá ser compartida con autoridades competentes de otros estados.

Por último, tras realizar este exhaustivo análisis respecto a ABC, es importante destacar que tanto XYZ como HP no son sujetos obligados en virtud de lo establecido en la ley, no obstante, sus departamentos legales así como nosotros, como firma jurídica que va a asesorar en esta operación, sí somos sujetos obligados a cumplir con las prescripciones establecidos en la Ley.

2. La admisión, por el notario de la operación, de los poderes otorgados.

A los efectos de poder comparecer ante notario español para poder otorgar la compraventa, es necesario tener en cuenta todas las prescripciones contempladas en el Reglamento del Registro Mercantil (de ahora, en adelante, RRM) de cara a que dichos poderes sean admitidos por el notario autorizante de la operación y puedan ser inscritos en el Registro Mercantil, para que la adquisición de las participaciones despliegue sus efectos frente a terceros.

Asimismo, de cara a recoger todas las posibilidades existentes y agilizar la tramitación inherente a la operación a ambas sociedades consideramos interesantes, recordar que otorgar un poder consiste en firmar un documento público, esto es, ante notaría, mediante el que se conceden determinadas facultades a un tercero de cara a poder realizar determinados actos jurídicos en nombre de la sociedad, como en el presente caso.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que tanto ABC como XYZ han otorgado poderes especiales en sus respectivos domicilios, resulta necesario hacer una distinción entre el otorgamiento del poder ante un notario español y el otorgamiento del poder ante un notario extranjera.

En primer lugar, respecto al poder especial otorgado por XYZ ante notaria español, esta es la opción más rápida y sencilla de todas, puesto que no es necesario llevar a cabo ningún otro trámite o documento de cara a acreditar su validez y desplegar sus efectos dentro del territorio nacional, esta sólo sería necesario para la realización de actos en el extranjero, supuesto en el que no nos encontramos.

En segundo lugar, respecto al poder especial otorgado por ABC ante notario extranjero, este debe disponer de la misma función que un notario español, esto es, ser fedatario públicos. De igual forma, si bien es cierto que los fedatarios públicos resguardan la legalidad de los actos celebrados ante ello dentro de su ámbito nacional, para que ese poder sea válido y despliegue sus efectos será necesario legalizarlo debidamente con la Apostilla de la Haya, Convención a la que pertenecen tanto Luxemburgo como España. Por ello, en caso de estar otorgado el poder pero no poseer la Apostilla, será necesario obtenerla. Igualmente, dado que los poderes se otorgan en el idioma de cada Estado, de cara a desplegar efectos en Espera, resulta necesario obtener una traducción jurada del contenido del poder al Español.

De igual manera, teniendo en cuenta la Resolución de 19 de noviembre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, donde se denegó la inscripción de una escritura de compraventa donde uno de los comparecientes actuaba en virtud de un poder otorgado ante notario francés, con su correspondiente Apostilla de la Haya, por haberse limitado el notario a legitimar las firmas y no haber llevado a cabo un juicio de equivalencia, recomendamos repasar si esta se ha llevado a cabo y si no es así, llevarlo a cabo.

La regla o juicio de equivalencia consiste en verificar que el documento extranjero es equivalente al documento español si concurren los elementos estructurales que dan fuera al documento público español:

1. Que sea autorizado por quien sea competente en dicho país (Luxemburgo) para otorgar fe pública.
2. Que se garantice la identificación y capacidad de las personas físicas que comparecen para el acto o negocio que se lleva a cabo.
3. Que contenga la reseña del documento extranjero, así como el nombre y residencia del funcionario autorizante.
4. Que el juicio de equivalencia no se ajuste a fórmulas sacramentales.
5. La existencia de la apostilla.

Por otro lado, en el caso de que el poder especial otorgado en el extranjero no cumpla con los requisitos arriba mencionados cabe contemplar dos posibilidades a la de volver a llevar a cabo todo el proceso ante un fedatario público de Luxemburgo:

- a. Bajo cita previa, realizar el otorgamiento del poder especial en el consulado español de Luxemburgo, puesto que se trata de un trámite sencillo dado que consiste en acudir al consulado y otorgar el poder tal y como se haría en España frente a un notario público.
- b. Otorgar un poder en virtud del artículo 108 RRM, a directivos o socios de nuestra firma, de cara a agilizar la gestión diaria de la actividad societaria y que no tengan que acudir de manera habitual al notario para la elevación a público de documentos.

3. Formalidades adicionales

Respecto a la cuestión de si existe alguna formalidad adicional que se deba tener en cuenta de cara a estructurar la adquisición o alguna acción a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la compraventa, en virtud de la legislación aplicable cabe concluir que no. No obstante, dada la envergadura de la adquisición que se va a llevar a cabo por ABC y XYZ, sería recomendable tomar en consideración una serie de acciones de cara a garantizar el éxito de la operación y que las partes interesadas resulten satisfechas.

En primer lugar, en la fase inicial de contacto, se recomienda, en virtud de la práctica jurídica, llevar a cabo un *Letter of intent* (LOI), también conocido como Carta de Intenciones, donde ambas partes establecen las bases del contrato de compraventa que, puede tener un carácter vinculante, no vinculante, o que algunas cuestiones si sean vinculantes y otras no, ya que esta carta es fruto de las voluntades de las partes (art. 1255 CC).

Asimismo, en el presente acuerdo o preacuerdo, además de las partes y el objeto de la transacción, se hace una declaración de compromiso, se delimitan los puntos sobre los que alcanzar un acuerdo, se fijan los eventuales acuerdos obtenidos, las reglas y el calendario de negociación, se determina el precio o su proceso de determinación, cláusulas de confidencialidad y exclusividad del acuerdo, así como, la ley aplicable, jurisdicción y solución de posibles conflictos. Igualmente, dentro de estos acuerdos recomendamos que las partes acuerden llevar a cabo una *Due Diligence* dentro de un plazo acorde al tamaño de la operación que se va a ejecutar, con el objeto de ser conocedor de la situación en la que se encuentra la *Target*.

De igual manera, es importante destacar que en la Carta de Intenciones es habitual que consten las siguientes cláusulas:

- Cláusula de confidencialidad: Esto se debe a la relevancia de la información que puede ser revelada en el proyecto, con el objeto de que se impida su utilidad para fines distintos a los contemplados en la carta.
- Cláusula de exclusividad y no competencia: Tiene como objetivo que las partes se comprometan a no llevar a cabo actividades de negociación con terceros durante la vigencia. En este caso concreto, recomendamos establecerla ya que es de especial interés para ABC y XYZ.

- Cláusula de propiedad intelectual e industrial: Busca proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial que se puedan generar o conocer por medio de la negociación.

Una vez llevado a cabo la Carta de Intenciones, es necesario llevar a cabo una *Due Diligence*, proceso que la Sentencia de la Audiencia Provincial (de ahora, en adelante, SAP) 338/2006 como:

“conjunto de trabajos de investigación o comprobación de las diferentes áreas de una sociedad realizado por el interés de un potencial inversor en el proceso de evaluación y valoración de una inversión en una empresa, proceso que debe llevarse a cabo con anterioridad a la firma por las partes de acuerdos vinculantes, y que en la práctica mercantil no suele iniciarse hasta que las partes hayan acordado, al menos, un principio de acuerdo sobre las bases esenciales de la operación, principio de acuerdo que suele plasmarse en un documento que recibe el nombre de Carta de intenciones (o Engagement letter).”

Dicho en otras palabras, una Due Diligence consiste en una auditoría realizada por consultores externos, en este caso nuestra firma podría prestar este servicio, para examinar con detalles las distintas áreas de la empresa con el objeto de determinar el cumplimiento o no de sus obligaciones de diligencia debida y descubrir posibles riesgos legales fruto de su actividad.

De esta definición, podemos deducir la importancia de este proceso de cara a valorar y evaluar una inversión en una empresa, puesto que en el presente caso nos va a permitir conocer el precio de las participaciones de HP, identificar posibles contingencias del negocio, así como cualquier vicio, detectar los potenciales riesgos de HP desde las distintas áreas de negocio o su actividad, y por último tener una visión real de la situación en la que se encuentra la empresa.

De cada a aportar una visión más completa sobre qué áreas suelen observarse vamos a realizar una tabla que nos sirva para visualizar e incluso para realizar un posterior checklist.

ÁREAS OBJETO DE DUE DILIGENCE
I. Mercantil. (Contractual, y societario, en especial).

II. Competencia.
III. Financiero.
IV. Patrimonial. (Especialmente bienes inmuebles.)
V. Penal.
VI. Administrativo (Concesiones, autorizaciones y licencias.)
VII. Laboral (aunque en el presente caso, no hay trabajadores.)
VIII. Litigios y procedimientos.
IX. Medioambiente.
X. Protección de datos.
XI. Propiedad intelectual e industrial.

La ejecución de este proceso, nos va a permitir tener una visión completa de HP, y, por tanto, estar en una posición ventajosa de cara a negociar el precio, pudiendo llegar a rebajarlo o incluso a solicitar garantías. De igual manera, en el caso de que se detecte algún tipo de irregularidad legal, además de poder abandonar la negociación podríamos establecer una condición suspensiva en el contrato, esto es, que no se va a ejecutar la operación hasta que no se solvete esa irregularidad.

Asimismo, desde nuestra firma recomendamos llevar a cabo otro tipo de acuerdos, con independencia de los pactos de socios, sobre los que hablaremos más adelante. En este caso nos referimos a la consideración de *indemnities*, esto es, declaraciones y garantías sobre diferentes puntos entre los que destacamos los siguientes:

- 1- La capacidad y poderes.

2- Licencias y permisos (punto muy importante dado que es titular del 25% de las centrales hidráulicas de España).

3- Activos financieros (muy importante, también, por el tema de las centrales hidráulicas).

4- Estado financiero.

5- Titularidades y cargas.

6- Contratos y seguros.

De igual manera, respecto al contrato de compraventa, una vez llevado a cabo todo lo anterior recomendamos recoger una declaración de “Manifestaciones y garantías” donde IESA declara la regularidad de los elementos del adquirente, como condición suspensiva de cara a que ABC y XYZ adquieran las participaciones. Igualmente, cabe recordar que en el contrato de compraventa se suelen recoger las siguientes cláusulas que consideramos relevantes:

- Cláusulas de límites de responsabilidad:
 - Límites *minimis*: Se establece el importe mínimo por el cual un daño será indemnizable por el vendedor.
 - *Basket*: Se establece la cantidad máxima sobre la que el vendedor responde, es más, suele estar vinculada al precio.
 - Umbral máximo: Se establece la cuantía a partir de la que el vendedor responderá de los daños indemnizables. Esto puede ser a través de un umbral o una franquicia.
- Contingencias: Se establece el procedimiento de reclamación para el caso de que tenga lugar alguna de las contingencias previstas en las cláusulas anteriores.
- Ajuste de precio: En este tipo de cláusulas que no recomendamos establecer, se suele establecer que tras cerrar la operación tras la fecha de cierre de la operación una de las partes o un asesor elabora los estados financieros de la compañía y facilita el cálculo conforme a criterios predeterminados por las

partes. En el caso de existir desviaciones respecto al momento inicial, esto dará lugar a un ajuste de precio, donde el riesgo económico lo asumen los compradores, esto es, ABC y XYZ, motivo por el cual no lo recomendamos,

- *Locked-box*: Este tipo de cláusulas consisten en establecer un precio fijo determinado en una fecha próxima a la venta una vez tomado de referencia los estados financieros, donde IESA deberá garantizar que desde esa fecha no ha existido ninguna alteración en las cuentas sin tener en cuenta la actividad diaria del negocio. En consecuencia, recomendamos esta opción dado que ni se ajusta el precio ni esta dependerá de los actos del vendedor siempre y cuando recaiga en supuestos prohibidos.
- *Earn-out*: Este tipo de cláusulas son habituales en la práctica diaria y suponen una alternativa a los supuestos anteriormente planteados. En este caso, el ajuste de precio se llevará a cabo tomando por referencia el rendimiento posterior de HP al cierre de la operación. En estas cláusulas se dispone que parte de los riesgos y beneficios de HP, a *posteriori*, serán compartidos por las partes. Lo positivo de esta cláusula es que los compradores podrán vincular el precio de compra final al desempeño real de HP, lo cual es una gran garantía.

Por otro lado, tal y como hemos mencionado anteriormente, es necesario destacar que HP es titular de un 25% de las centrales hidráulicas o hidroeléctricas, esto es, una central que transforma la energía hidráulica de un curso de agua, natural o artificial, en electricidad renovable. Para la explotación de estas actividades, al ser el espacio hidráulico Español de dominio público, excepto salvedades, se requiere una concesión administrativa de la cual HP es titular.

En consecuencia, para poder llevar a cabo la operación de compraventa y la explotación de las centrales hidráulicas, a pesar de que el titular de la concesión va a continuar siendo HP, será necesario llevar a cabo varios trámites puesto que la titularidad real de la concesión, ya que esta no va a pertenecer a IESA, titular al 100% hasta el momento de HP, sino a ABC y XYZ, en su correspondiente proporción.

A este respecto, es destacable el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril), y más concreto los artículos 146 y

siguientes. El art. 146 RDPH establece que cuando se produzca un cambio de titularidad, en este caso titularidad real, de una concesión, el nuevo titular (ABC y XYZ) deberán solicitar a través de instancia presentada ante el Organismo de cuenca, la correspondiente inscripción de transferencia en el Registro de aguas con toda la documentación requerida en la Ley.

Principalmente, los compradores deberán acreditar la existencia de dicha autorización administrativa, a tenor de lo establecido en el art. 103 RDPH para proceder a la inscripción de la transmisión total en el Registro de Aguas. No obstante, este trámite deberá de realizarse una vez transcurrido dentro del plazo de tres meses a partir de producirse la transmisión de las participaciones, por lo que si bien no es un asunto o cuestión a gestionar ahora, teniendo en cuenta el momento en el nos encontramos, recomendamos solicitar a IESA toda la documentación requerida para proceder a *posteriori* de una manera más ágil y ser conocedores del estado actual de la autorización así como de las centrales hidráulicas, cuestiones que también se evaluarán en la *Due Diligence*.

4. La suscripción de pactos parasociales.

En lo que respecta a los pactos parasociales, si bien estos no viene regulados en la LSC, salvo lo correspondiente a su publicidad en las sociedades cotizadas y el artículo 29, es de especial importancia tener en cuenta la visión doctrinal existente a este respecto, así como el desarrollo jurisprudencial, con el objeto de ser conocedor tanto de sus límites como de su tipología. Además, es importante remarcar que los pactos parasociales se fundamentan en el artículo 1255 CC.

Tras realizar este análisis, consideramos que ABC y XYZ deberían valorar la posibilidad de suscribir un pacto de socios con el fin de integrar o completar algunos aspectos de la vida social, al margen de lo dispuesto en los estatutos, puesto que este pacto les permitiría recoger cuestiones limitadas en los estatutos por la LSC, y que les puede ser de interés regular con el objeto de agilizar el funcionamiento diario de la sociedad.

Asimismo, dentro de los pactos para sociales existen distintos tipos de pactos, por lo que para el caso concreto, teniendo en cuenta la distribución del 90/10 del capital y que HP es una sociedad limitada, sería interesante llevar a cabo pactos de organización, principalmente, puesto que en estos se acuerdan la toma de decisión, la configuración de los órganos, el derecho de información y la terminación de la sociedad.

Estos puntos son especial relevancia e interés de cara a la siguiente cuestión que vamos a tratar, relativo al nombramiento de los administradores, así como el derecho de veto sobre determinados acuerdos sobre el que tenía interés XYZ, de cara a fortalecer la relación y agilizar la vida cotidiana de la sociedad sobre la que se adquieren las participaciones.

Por otro lado, con independencia de que para el caso concreto, los pactos de organización sean los más interesantes para la sociedad, es importante destacar que los pactos de relación, donde se pueden recoger cuestiones como la redistribución de ganancias, o el caso de transmisión de participaciones, podría ser interesante de cara a contemplar todas las posibilidades que se puedan suscitar fruto de esta relación.

Además, en el presente caso, todos somos conocedores de las limitaciones existentes en la LSC de cara a la transmisibilidad de las participaciones, por lo que un acuerdo parasocial en esta materia podría ser interesante para el caso, en el que se quiera organizar dicha distribución o alguna de las sociedades decida transmitir sus participaciones. Del mismo modo, dentro de estos pactos parasociales se podría establecer algún tipo de penalidad para el caso de que alguna de las sociedades quiera transmitir sus participaciones dentro de un plazo pactado, teniendo siempre en cuenta que este plazo no puede ser indefinido, ya que está prohibido por la jurisprudencia, lo cual permitiría abandonar a cada entidad la sociedad en cualquier momento, mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos del artículo 106 a 112 de la LSC.

Igualmente, podría ser conveniente llevar a cabo pactos de atribución, de cara a acordar, una limitación o prohibición en materia de competencia o establecer vías o medios de financiación de HP, con el objeto de fortalecer esta y conferir ciertas ventajas a la sociedad.

Aparte de todo lo mencionado anteriormente, al ser ABC y XYZ los únicos titulares de las participaciones, se trataría de un pacto omnilateral, al encontrarse todas las partes que forman la sociedad suscritas al acuerdo. Asimismo, es importante recordar que mediante estos acuerdos, se mantiene la confidencialidad entre las partes al tratarse de un contrato privado, no siendo este susceptible de calificación por parte del Registro Mercantil.

A este respecto, son numerosas las cuestiones que plantean los pactos parasociales, esto es, relativas a su validez, exigibilidad y oponibilidad. Respecto a la primera de las cuestiones, validez, si bien es cierto que la postura más tradicional ha considerado que este

tipo de acuerdos no pueden afectar a los principios configuradores del tipo (art. 28 LSC) y las normas imperativas (art. 6 CC), esta no se compadece con la práctica ni con la lógica jurídica, puesto esto supondría que la diferencia principal entre los pactos parasociales y lo que pueden recoger los estatutos es su ubicación.

Por ello, la práctica ha seguido otras pautas, permitiendo pactar ampliamente pactos parasociales que se desvían de la LSC o sus elementos configuradores, dado que si la sociedad se basa en un contrato y el artículo 1255 CC, recoge en principio la libertad de pactos, que sentido tendría limitar los pactos entre socios como precio a pagar por el beneficio de la responsabilidad limitada. A este respecto, la práctica ha querido distinguir el derecho imperativo societario, de las normas en apariencia imperativas, recogiendo la posibilidad de la interposición de una sociedad civil o colectiva entre la relación de los socios con la sociedad limitada (en este caso), a este fenómeno se le denomina la prueba del 9 o de contraste.

En consecuencia, serán válidos todos los pactos parasociales que respeten los límites absolutos del derecho de obligaciones y orden público, como es la no vinculación indefinida, tal y como se ha mencionado anteriormente, en virtud de lo establecido en el caso Zapata (STS 20 de febrero de 2020); la no protección del dolo o incumplimiento graves; y los pactos donde se regule el voto de los administradores, dado que para que estos sean válidos las instrucciones deben ser de todos, y no individuales, lo cual también podría ser interesante para la siguiente cuestión planteada.

En segundo lugar, respecto a la exigibilidad de los pactos parasociales, estos son exigibles como cualquier obligación, siendo su incumplimiento susceptible de daños y perjuicios, pudiendo establecer desde un cumplimiento específico hasta asegurar su cumplimiento mediante dos vías: primera, mediante remedios prácticas como las reuniones previas a las de los órganos sociales o el depósito de los títulos legitimadores; y segundo, mediante remedios jurídicos, esto es imponiendo consecuencias al incumplimiento, como son cláusulas penales y opciones de compra y venta para la parte in bonis.

En tercer lugar, respecto a la oponibilidad, al tratarse de un acuerdo unilateral, a pesar de que la LSC establezca que los pactos parasociales no son oponibles frente a la sociedad, en virtud de lo establecido en la STS 25 de febrero 2016 (caso CDH), es oponible ante la sociedad, no obstante, es importante remarcar que en este caso concreto el criterio de la jurisprudencia es un poco cambiante.

En conclusión, por todo lo mencionado anteriormente, recomendamos suscribir pactos parasociales dado que son una buena vía para acordar el funcionamiento interno de la sociedad por parte de ABC y XYZ, puesto que siempre y cuando se cumplan las restricciones anteriormente mencionadas, se faculta a las partes pactar numerosas cuestiones de una manera mucho más flexible y confidencial a la recogida por lo estatutos y sin necesidad de una validación por parte del Registro Mercantil.

5. Los pactos parasociales y los estatutos.

5.1 Traslado de los pactos para sociales a los estatutos sociales.

El traslado de los pactos parasociales a los estatutos es un asunto muy discutido, para lo cual, tal y como ocurría anteriormente, es importante tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial y doctrinal a este respecto, ya que son varias las circunstancias a considerar como los socios intervinientes, el alcance del acuerdo, el tipo de pacto, etc.

Dicho esto, los pactos parasociales se caracterizan por su flexibilidad, confidencialidad y capacidad para llevar a cabo determinados acuerdos que sean incluso contrarios a la LSC y que por tanto no pueden ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, lo cual nos podría llevar a concluir que resulta conveniente no trasladarlo a los estatutos. No obstante, para ello, a su vez, hay que tener presente tres cuestiones ya planteadas anteriormente, como son: la validez, exigencia y oponibilidad de los pactos si estos son contemplados en los estatutos e inscritos, o no.

A este respecto, resulta interesante remarcar que la STS 103/20216 señaló que si bien los pactos parasociales son válidos no siempre son exigibles frente a la sociedad, dado que el problema principal que se plantea es sobre su alcance cuando no se trasladan a los estatutos. Esto se debe a que si existe un pacto parasocial que sea contrario a los estatutos y, por tanto, no se ha producido ningún traslado de este, la jurisprudencia va a desestimar la impugnación de acuerdos sociales por esta razón.

Por ello, es necesario analizar si los pactos parasociales planteados podrían ser inscritos. En este sentido, en un primer lugar, planteamos unos pactos de organización que afectan a las tomas de decisión, la configuración del consejo de administración, el derecho de información y la terminación de la sociedad, los cuales siempre y cuando se acuerden en cumplimiento de los principios configuradores de la LSC (art. 28), son plenamente inscribibles.

En este punto, es destacable el derecho de veto que XYZ planteaba para determinados acuerdos, ya que es un punto que ha sido muy discutido sobre la posibilidad de que uno de los socios disponga de un derecho de veto de cara a la adopción de acuerdos, puesto que esto puede chocar con la prohibición del art. 200.1 LSC de que los estatutos exijan para todos o algunos acuerdos concretos la unanimidad para que el acuerdo sea adoptado.

Asimismo, esta prohibición se considera un principio de orden público que va más allá de dicho precepto, ya que la exigencia de la unanimidad para la adopción de acuerdo es contraria al funcionamiento ordinario de la junta ordinaria que configura la LSC. De hecho, es la propia ley la que señala aquellos supuestos en los que se permite solicitar la unanimidad, con el objeto de darle ese carácter residual y excepcional.

No obstante, teniendo en cuenta el carácter protector de la LSC respecto a los socios minoritarios, con base en la doctrina mayoritaria si los socios quieren limitar la facultad de la junta ordinaria de cara a la adopción de acuerdos deben poder hacerlo. De igual manera, mediante la atribución del derecho de voto a un socio sobre determinados acuerdos, no se estaría exigiendo la unanimidad, dado que la junta decide por mayoría, a pesar de que se requiera a su vez la autorización del socio titular del derecho de voto, actuando este como un tercero. De igual manera, esta postura es la defendida y mantenida por los ordenamientos más próximos a nosotros por lo que no habría motivo para considerar que no debiera ser así en el derecho español.

Por todo ello, teniendo en cuenta el trámite “burocrático” al que está sujeto la inscripción de los estatutos sociales, la limitación del contenido de los pactos parasociales y que, en el presente caso, nos encontramos con acuerdo omnilateral exigible ante la sociedad, consideramos que no resulta conveniente trasladar los pactos de socios a los estatutos sociales. Igualmente, el hecho de poder negociar libremente, en virtud del art. 1255 CC, otorga mucho poder de negociación y flexibilidad de cara a adoptar los pactos de organización, relación y atribución propuestos. De igual forma, en cuanto al derecho de veto, sería totalmente exigible pese a no constar en los estatutos, puesto que XYZ actuaría como un tercero, y en virtud del art. 157 CC, si en un pacto de socios se establece una estipulación a favor de terceros, se podrá exigir su cumplimiento.

De igual manera, esto no implica que no haya puntos de los acuerdos sociales, sobretudo los que no den lugar a confusión de cara su elevación a público e inscripción, que se pueden trasladar a los estatutos sociales o que los estatutos no puedan ser modificados para

que sean más acordes a los intereses de ambas partes, manteniendo los pactos de socios su carácter confidencial.

5.2 Registro de la estructura de nombramiento de los administradores.

Con el objeto de no repetirnos en nuestro asesoramiento, como bien comentamos en el apartado anterior, en primer lugar habría que disponer de los estatutos sociales de HP, de cara a proceder a la correcta modificación de los estatutos, dado que al tratarse de una sociedad unipersonal se ha optado por nombrar un administrador mancomunado. Por ello, resulta necesario modificar el artículo de los estatutos donde se establezca el modo de organización, así como todas las cuestiones relativas a la remuneración, duración del cargo y, por supuesto, nombramiento de los administradores.

En lo que respecta a su nombramiento, es importante tener en cuenta si se opta por trasladar el pacto parasocial o no a los estatutos. En el supuesto de que se traslade, cuestión que no recomendamos, si bien es cierto que en las sociedades limitadas no se exige la representación proporcional de los administradores, en cumplimiento de la LSC, se podrá establecer que ABC selecciona dos administradores y XYZ al tercero, dado el carácter personalista de la sociedad.

No obstante, en el caso de que no se trasladen los pactos parasociales en los estatutos, se podrían modificar estos señalando que, los miembros del consejo se aprobarán por mayoría reforzada exigiendo hasta el 95% de los votos favorables para el nombramiento de cada administrador, con lo que ambas partes estarían protegidas y requerirían de la aprobación del otro, lo cual no supone ninguna vulneración de la prohibición de exigir unanimidad en acuerdos sociales.

Como última opción, se podría establecer que los miembros del consejo de administración serán aprobados por la mayoría de la junta de socios y que tanto ABC como XYZ, actuaráis en conformidad con lo acordado en el pacto de socios, esto es, ABC nombraría de dos administradores y XYZ de un administrador.

En conclusión, recomendamos cualquiera de las tres opciones para que estas sean aprobadas, no obstante, con el objeto de evitar cualquier tipo de incidencia que pueda surgir tanto con la primera como la segunda opción que, como hemos comentado depende del registrador, quizá la opción más conveniente sería optar por esta última opción, en concordancia, a su vez, con el no traslado de los pactos sociales a los estatutos

6. Auditoría legal y fiscal de HP.

6.1 La cobertura vía manifestaciones y garantías propuesta por IESA.

La cláusula de manifestaciones y garantías en la adquisición de empresas constituyen un contrato de compraventa en el que las partes garantizan o establecen, una serie de declaraciones, con el fin de garantizar la certeza de la información en el que lo primero será establecer un régimen indemnizatorio sujeto al principio de libertad contractual recogido en el art. 1255 CC.

La misión de estas cláusulas consiste en facilitar la acción de responsabilidad frente al incumplidor para el caso de que las manifestaciones pactadas no sean ciertas, ya que deben velar, para que la información proporcionada por el vendedor (IESA) al comprador (ABC y XYZ) sea verídica, sea exacta.

Por ello, se establecerá un régimen indemnizatorio determinado por las partes (bajo el paraguas de la libertad contractual) para facilitar esa acción de responsabilidad, frente al que incumple. A este respecto, es importante aclarar que su objetivo no es cubrir el incumplimiento del contrato si este se produjera, sino que consiste en evitar todos los perjuicios que se pueden derivar, como riesgos o reclamaciones de terceros.

El origen de estas cláusulas está en el derecho americano, en España no existe regulación expresa aunque encontraremos jurisprudencia gracias a sentencias del Tribunal Supremo.

Todo dependerá de la negociación de las partes, de hecho, en la práctica diaria, tal y como sucede en el presente caso, las manifestaciones y garantías las realiza el vendedor con el fin de mitigar la ventaja de la información que tiene, frente a los compradores y así, asegura su postura en el caso de que aparecieran posibles contingencias en la sociedad adquirida. Asimismo, IESA buscará con estas declaraciones por parte de ABC y XYZ que van a adquirir, una garantía, por ejemplo, de su capacidad de pago.

En consecuencia, y como práctica habitual se incluirá la declaración de garantías y manifestaciones, como en su momento mencionamos, en la carta de intenciones, aunque esta puede incluirse también en el contrato de compraventa, o incluso en la propia escritura pública pero esta última opción es la menos frecuente dado que se realiza con posterioridad a la perfección del contrato de compraventa.

De igual manera, es importante destacar que las ventajas básicas de estas declaraciones son reducir el tiempo que invierten los compradores a la hora de analizar la sociedad que desea adquirir, y la transferencia de riesgos, que habitualmente corren a cargo de los compradores, al vendedor.

Así, los compradores se centrarán en lo más relevante para ellos, mientras cubre por vía manifestaciones y garantías los demás aspectos agilizando la operación. Incluso ante cualquier eventual contingencia que cubra esta cláusula, se podrá argumentar la existencia de dolo por parte del vendedor, asignándole los riesgos y reduciendo la diligencia que se exige a los adquirentes.

6.2 Alternativas

En lo que respecta a las alternativas, las cuales consideramos de mayor utilidad para el caso concreto para proteger los intereses de los socios, proponemos un contrato de *escrow*, en él, las partes podrán pactar el depósito de un bien, ya sea un título, dinero o documento, asimismo, las partes dejarán regulado en el contrato, las condiciones para acceder al bien depositado.

En este caso, podrían constituir un depósito para consignar la cuantía pactada entre la parte compradora y vendedora, o sea, el precio de compra de HP, y entregarla a un tercero independiente, así el custodio de este depósito guardará la cuantía, objeto de depósito, para que en el caso de que IESA vulnere alguna de las cláusulas estipuladas en el contrato, o alguna de las obligaciones, ABC y XYZ puedan recuperarla.

Las sociedades compradoras suelen gozar y gozan, en el caso de sufrir daño alguno por incumplimiento de IESA, de una garantía, mientras que, en el caso de que transcurra el plazo que se ha pactado por las partes para indemnizar cualquier contingencia sin aflorar vulneración alguna, la cuantía depositada o lo que quede de ella, se entregará a IESA, es decir, a la parte vendedora en cumplimiento de la operación de compraventa de participaciones sociales.

Otra posibilidad o alternativa, es que los socios de IESA creen una garantía solidaria para cubrir el precio de la compraventa. Aquí, un aval a primer requerimiento, concede toda seguridad y certeza a las sociedades compradoras, para recuperar el monto económico otorgado a la empresa vendedora, si surgiera alguna contingencia de la que la vendedora IESA no pudiera hacerse cargo.

Por último, disponemos de un contrato de seguros de manifestaciones y garantías (Warranty & Indemnity Insurance o W&I) según el cual, cubriría la responsabilidad del vendedor la aseguradora, en el supuesto de incumplimiento por esta parte, de las garantías y manifestaciones que se han otorgado, en beneficio de los compradores, en relación de la situación de la sociedad, en el instante de la figura del contrato de compraventa. Con lo cual, la aseguradora se subrogará en el lugar de IESA si esta incumple, sin perjuicio, de la acción de repetición que pudieran llevar contra aquella.

7. La disposición de fondos para realizar la adquisición.

7.1 La utilización del dinero de la caja para pagar el precio de la compra.

La posibilidad de utilizar los 500 millones de euros que disponibles en la caja de HP para comprar ABC y XYZ todo el capital social, requiere de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, doctrina y por supuesto, de los preceptos de la LSC, en concreto los artículos 143, 150 y 162, así como el art. 6.3 del CC, que a continuación expondremos.

Antes de nada, es necesario conocer y entender el concepto de asistencia financiera, que envuelve dentro del mismo todos los negocios a través de los cuales la sociedad ayuda financieramente a un tercero a adquirir acciones o participaciones de la propia sociedad.

Estos negocios son netamente diferentes de los negocios de suscripción o adquisición de acciones o participaciones propias, en cuanto que, en los negocios de asistencia financiera, existe un tercero (el que adquiere las acciones o participaciones con ayuda de la sociedad) que tiene un interés propio y distinto del de la propia sociedad. Básicamente, la sociedad presta o da crédito a un tercero para que adquiera acciones o participaciones de la propia sociedad o avala al adquirente de las acciones o participaciones frente al banco o tercero que presta el dinero para la adquisición.

En términos generales, la asistencia financiera es una operación prohibida en la legislación española, tanto para sociedades anónimas como para sociedades de responsabilidad limitada. En lo que respecta a éstas últimas, a lo largo del artículo 143 LSC se establece que

“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”.

A tenor de lo establecido en el presente precepto, cabe deducir que, la ley contempla el supuesto concreto en el que nos encontramos, por lo que no es posible el uso de los 500 millones de euros de la caja de HP para financiar la compra de la sociedad dado que nos encontramos ante una prohibición absoluta. De hecho, a este respecto, los límites son mayores para la sociedades limitadas respecto a las sociedades anónimas, no obstante para estas últimas debe entenderse siempre para la adquisición originaria y derivativa (nuestro supuesto), por lo que en el presente caso no se podría en ninguno de los supuestos.

A este respecto, es destacable que, a su vez, la LSC permite la asistencia financiera en varios supuestos. puesto que en virtud del artículo 162 LSC se permite facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores para la compra de participaciones propias, sin embargo, dado que no nos encontramos en este supuesto y que el socio único es IESA y ya es titular de la totalidad de las participaciones, esta operación no podría llevarse a cabo.

De hecho, la doctrina mayoritaria afirma que los negocios que articulen la asistencia financiera en su calidad de negocios *contra legem* son, de conformidad con el artículo 6.3 CC, nulos de pleno derecho. La nulidad del negocio de financiación está justificada por el carácter preventivo de la prohibición de manera que sólo la nulidad del negocio garantiza la plena reintegración al patrimonio social del importe de la asistencia.

Desde el punto de vista financiero, es entendido que lo que se trata de proteger en este tipo de operaciones es el patrimonio social, en garantía de los acreedores, evitando que se destine no a fines de explotación de la empresa social sino a financiar la adquisición del propio capital (a convertir el capital en crédito).

Asimismo, los riesgos que se tratan de soslayar en el ámbito administrativo se asocian sobre todo a la posibilidad de abusos por parte de los administradores, pues con frecuencia se ven tentados a facilitar a terceros de su confianza fondos de la sociedad para que adquieran las acciones que precisen, a fin de asegurarse el éxito en las deliberaciones de la junta o para alimentar otro tipo de especulaciones. Más concretamente, en estos negocios existe un importante riesgo de trato desigual a los socios si la asistencia financiera tiene por objetivo facilitar la toma de control de la sociedad por un tercero determinado o reforzar la posición de alguno de los accionistas frente a la amenaza de adquisición por parte de un tercero.

En definitiva, la doctrina entiende que se trata de proteger a los acreedores evitando un sobreendeudamiento de la compañía; de impedir la manipulación de la estructura de propiedad por parte de los administradores y, por último, de evitar la expropiación de los accionistas minoritarios si se facilita la adquisición de acciones de la sociedad a un tercero a costa de los accionistas porque al tercero (normalmente el socio mayoritario o una persona relacionada con él) se le permite adquirir las acciones a un coste inferior a su valor razonable porque la diferencia se obtiene del patrimonio social. De hecho este último peligro fue el que justificó originalmente la prohibición.

En la medida en que no perjudique a los acreedores sociales porque no se vean afectados el capital y la reserva legal, es una operación vinculada. El socio beneficiario de la asistencia financiera de la sociedad realiza una transacción con ésta (el negocio de financiación) que sólo es explicable porque se trata de una “parte relacionada” con la sociedad y, como es sabido, las transacciones vinculadas son lícitas si se respetan los requisitos de transparencia, equidad e independencia.

En cualquier caso, no debe considerarse que hay asistencia financiera si la sociedad no compromete su patrimonio a favor del comprador o del financiador de éste en el momento en el que se produce la adquisición o la financiación del comprador, esto es, en el momento en el que se celebra el contrato de compraventa de las acciones o el contrato de préstamo con el banco.

Por todo ello, teniendo en cuenta el caso actual, si podemos y debemos entender que estamos ante un supuesto de asistencia financiera prohibido por la LSC, y que no se puede llevar a cabo dicha operación, ya que se estaría comprometiendo el patrimonio de la sociedad a favor del comprador al utilizar los fondos propios de IESA, empresa titular del 100% de las participaciones de HP, para llevar por parte de XYZ y ABC, la adquisición de las participaciones.

7.2 Alternativas.

No obstante, existen alternativas a la asistencia financiera como es llevar a cabo un LBO (*leveraged buyout*) o un caso de adquisición apalancada, donde una sociedad compradora (en este caso, sugerimos que sea una *Special Purpose Vehicle*, esto es, *SPV*) pretende la adquisición de una participación mayoritaria a través de una financiación de una

parte significativa de su precio de compra mediante el uso de la deuda, con la intención de amortizar con cargo a los recursos patrimoniales y las expectativas correspondientes a los flujos de cajas de la empresa objetivo.

Dicho esto, se trata de una adquisición típica de una Target por parte de una *SPV* o *Newco* participada al 100% por ABC y XYZ. La *SPV* para llevar a cabo la adquisición puede ser destinataria de toda la financiación por medio de financiación bancaria, préstamos de socios, y fondos propios, esto es, su propio equity. De esta manera, a *posteriori*, al adquirir las participaciones sociales de la Target se limitaría la responsabilidad que pudiera surgir a ambas partes, esto es, ABC y XYZ.

Asimismo, pese a que esta cuestión no haya sido planteada en un primer lugar, podría ser conveniente tenerlo en cuenta, de cara a llevar a cabo dicha operación, ya que la *SPV*, podría comprar el 100% de las participaciones y esa distribución 90/10 ser la configurada en la *SPV*, entre otras cuestiones.

Del mismo modo, en el presente caso a tenor de la propuesta posterior del sindicato bancario, proponemos apostar por dicha financiación para la adquisición de las participaciones de HP a través de un préstamo con vencimiento a corto plazo, con el objeto de evitar altos intereses, y mediante la pignoración de las participaciones adquiridas como garantía para el banco junto a otras que pueda requerir. Esto se debe a que gran parte de estas operaciones provienen de una financiación sindicada, sobre todo cuando el objeto de la adquisición son unas participaciones sociales.

Igualmente, este tipo de operaciones se caracterizan, entre otras cuestiones, por estar enmarcadas dentro del régimen de compraventa de empresas, donde predomina el artículo 1255 CC, ya que a pesar de la dificultad que llevan aparejadas estas transacciones, ni el Código de Comercio ni el CC llegan a delimitarlas. De igual manera, en este tipo de operaciones es habitual que intervengan pluralidad de actores, no sólo la empresa objetivo o la *SPV*, sino también directivos de las empresas o sujetos externos, como los mencionados anteriormente que intervienen como financiadores.

La principal ventaja en el LBO para los inversores, esto es, ABC y XYZ, en el presente caso es que les permite acometer la inversión sin desembolsar un elevado número de recursos propios, puesto que se produce un elevado apalancamiento con recurso a la financiación.

No obstante, de cara a aportar una visión completa, el principal riesgo de una LBO es, evidentemente, su elevado apalancamiento financiero, dado que esto implica el pago del servicio de la deuda, y por tanto, ante el hipotético caso de una crisis o que no se cumplan con las previsiones de ingreso el riesgo de no poder abonar es elevado.

Por último, esta operación concluye con la absorción de HP por parte de la *SPV* anexando los patrimonios de las sociedades, facultando de esta manera la devolución de la deuda, teniendo en cuenta que HP no tiene trabajadores y su operatividad.

8. Traslado de domicilio social de HP a Madrid en unidad de acto.

El traslado de domicilio social de HP a Madrid es competencia de la junta general en virtud del artículo 285 LSC, ya que suele conllevar una modificación de los estatutos sociales. No obstante, es importante destacar que a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 15/2017, de Medidas Urgentes en Materia Concursal, que permitió al órgano de administración ser competente para trasladar el domicilio dentro de todo el territorio nacional, independientemente de lo que establezcan los estatutos de la sociedad, por lo que cualquier disposición estatutaria vigente que pudiera excluir o limitar dicha competencia será ineficaz (artículo 285.2 LSC).

Igualmente, en el presente caso cabe descartar esa disposición, puesto que al momento de la adquisición IESA es el titular único de HP que, en consecuencia, está gestionada por un administrador único, por lo que carecería de lógica que se limitará su competencia y, a su vez, se ralentizaría el proceso

Asimismo, en cuanto a la revocación y otorgamiento de poderes en virtud de la resolución de 11 de febrero de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ambas cuestiones podrían ser aprobadas por el Consejo de Administración. Esto es importante, puesto que teniendo en cuenta que la posibilidad anteriormente planteada de llevar a cabo pactos parasociales, ABC y XYZ, podrían aprobar en ese acuerdo que una vez se adquirieran las participaciones de HP y XYZ, y tomen el control de la sociedad se lleve a cabo el traslado de domicilio social así como la revocación y otorgamiento de poderes, en unidad de acto.

No obstante, teniendo en cuenta que esto conlleva a realizar dicha gestión una vez adquirida la sociedad, de cara a que ambas cuestiones tengan lugar en el momento de adquisición, dado que existe un acuerdo de compraventa entre las partes, y que en este tipo de

acuerdos es una práctica habitual seguir con los pasos establecidos en la ley de modificaciones estructurales, resulta conveniente que dentro del proyecto de adquisición que tienen que redactar y suscribir los administradores de ABC, XYZ y HP, se contemplen y tengan que suscribir ambas cuestiones, esto es, el traslado de domicilio y la revocación y otorgamiento de poderes.

Para ello, en virtud de lo establecido en la Ley de Modificaciones Estructurales (de ahora, en adelante, LME) que si bien no es de aplicación en el presente caso, se suele tomar como referencia, dentro del contrato de compraventa del capital social de HP, se debería recoger el traslado del domicilio social así como la revocación y el otorgamiento de poderes para que estos surtan efectos desde el momento de la adquisición, teniendo en cuenta que la adquisición de las participaciones lleva aparejado su inscripción en el Registro Mercantil de cara a que produzca efectos frente a terceros.

Asimismo, la sección II de la LME, además de establecer prohibiciones de actuación, cuestiones a recoger en el acuerdo, o insertar el acuerdo común de adquisición en la página web, dispone que será necesario el informe de los administradores de cada una de las sociedades justificando la compraventa de las participaciones y dentro de él ambas cuestiones. Asimismo, teniendo en cuenta que ambas las sociedades involucradas en la operación son de responsabilidad no será necesario que los administradores de cada una de las sociedades soliciten al registrador mercantil correspondiente al domicilio social, en este caso Málaga, el nombramiento de un experto independiente para que emitan un informe sobre el proyecto de adquisición,

No obstante, si bien es cierto que, esta operación no va a ralentizar en exceso la operación, en caso de que se quisiera agilizar, se podría completar en el contrato de compraventa que los poderes vigentes hasta ese momento de la adquisición quedan suspendidos o revocados, con su anotación en el Registro Mercantil y a posteriori que el Consejo de Administración apruebe en acta la revocación y otorgamiento de poderes, lo cual debería llevarse a cabo sin ningún tipo de dificultad, dado que tanto ABC como XYZ deben estar igualmente interesadas en llevar a cabo dicha gestión.

Igualmente, es cierto que a posteriori sería necesario la elevación a público del documento así como su inscripción en el Registro Mercantil, que suele tardar aproximadamente 15 días en tramitarlo. Por ello, sería cuestión de valorar cuál sería la opción más rápida y efectiva en el presente caso. No obstante, nosotros recomendamos recogerlo

directamente en el contrato de compraventa, de cara a evitar posibles contratiempos en el futuro.

9. Refinanciación de la compañía y el pago anticipado de toda la deuda existente.

Refinanciar la deuda o reestructurarla son dos opciones con las que se cuenta para mejorar la situación financiera en una coyuntura como la actual, donde es habitual que las empresas se vean en riesgo de incumplimiento en sus pagos, comprometiendo la liquidez, consecuencia de la crisis sanitaria vivida y la recesión en la economía mundial que ha creado.

En primer lugar, la refinanciación de deuda empresarial, constituye la sucesión de los préstamos en vigor por otros, a través de ellos conceden a la empresa, la opción de cuadrar su liquidez, de equilibrarla interesándose por sus obligaciones de pago. Puede suponer una alternativa, en la que la empresa siga con su actividad sin que concluya en liquidación, por no poder hacer frente a las deudas y obligaciones pago inminentes. El cliente abordará las deudas que posee, y hará un estudio de ellas para ver la viabilidad de refinanciación.

En este contexto es esencial recordar a las partes, que un sindicato bancario alemán muestra su disposición para refinanciar la deuda de HP, para llevar a cabo determinadas operaciones, que dada sus dimensiones, implicará grandes riesgos, tanto para las entidades que formalicen la operación, como para ABC y XYZ.

Estas operaciones son de gran relevancia, ya que conlleva la concesión de un crédito elevado, hablamos de 500 millones de euros: 100 millones de euros corresponden a “Deudas de Socios” y 400 millones de euros, a “Deudas bancos”, que en el presente caso corresponde en la totalidad a Banco Español, lo cual es clave, dado que cuando hay varias entidades financieras inmersas en las deudas, su complejidad es mayor.

Si bien, no podemos obviar que el sindicato bancario se forja sobre un conjunto de entidades bancarias, que se asocian para llevar a cabo operaciones como en este caso, cuya cuantía es difícil de afrontar de manera individual, por ello el conjunto de bancos alemanes deberá hacer frente a sus obligaciones, en relación al porcentaje sobre el que verse su compromiso.

De igual manera, es destacable que, si bien es una práctica habitual en este tipo de adquisiciones de carácter internacional, es fundamental conocer la estructura del sindicato, y la posición que ocupa el banco que ejercerá la operación, así como los determinados bancos

que vana intervenir, con el fin de saber cuál o cuáles son los bancos directos, los principales responsables de la operación, ya que serán los que se encarguen de organizar el proceso de ejecución y fijar sus correspondientes condiciones. Por ello, es una figura de especial interés de cara a la refinanciación, y a repagar todas las deudas de manera anticipada, con las implicaciones que van aparejadas.

Ahora, centrándonos en las cuestiones planteadas, debemos prestar especial atención al tipo de préstamo. Considerando que estamos ante un préstamo hipotecario, resulta de aplicación el art. 23.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Este precepto, relativo al reembolso anticipado, establece que: *“el prestamista no podrá cobrar compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada total o parcial en los préstamos en supuestos distintos de los previstos en los 3 apartados siguientes”*, esto es, el prestamista no podrá cobrar comisión por amortización anticipada en los préstamos que no se encuentren regulados en los artículos 23.5, 23.6 y 23.7 de la citada Ley,

A este respecto el art. 23.5 Ley 5/2019 alude a los préstamos que son de interés variable, mientras que el art. 23.7 Ley 5/2019, recoge otro tipo de comisión para los préstamos de interés fijo, así el legislador establece diferentes tipos de comisiones que se ajustarán al préstamos vigente, dependiendo del tipo de interés del que el préstamo disponga.

Suponiendo que sea un préstamo de interés variable, en caso de amortización anticipada del préstamo, durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamos, se podrá establecer una comisión a favor del prestamista con el límite del 0'25% del capital social reembolsado anticipadamente, en virtud de lo establecido en el art. 23.5 b) Ley 5/2019. Asimismo, en el artículo 23. 5 a) Ley 5/2019 se establece que a partir del 4 año, el límite se fija en el 0'15%.

Por el contrario, estimando que estamos ante un préstamo de interés fijo, en caso de amortización anticipada, total, o parcial del préstamo, durante los 10 primeros años de la vigencia del contrato se podrá establecer una comisión a favor del prestamista.

Es cierto que respecto a la amortización anticipada de deuda bancaria dentro del proceso de *Due Diligence* o llevar a cabo en el proceso de la adquisición, será conveniente solicitar la documentación que corresponde al contrato de financiación que HP tiene ya

firmado con Banco Español, de cara a conocer su contenido y la posible existencia de alguna cláusula penal o cláusula relativa, a la amortización anticipada y cancelación de crédito.

De igual manera, es cierto que nos han comentado que el contrato suscrito por HP es estándar y que contiene las cláusulas habituales en estos acuerdos, entre otras en las cláusulas de cambio de control, diversas garantías prestadas por los socios, etc. sería conveniente atender a las particularidades del caso concreto.

Dicho todo esto, lo habitual es que las cláusulas que se refieren al cambio de control, suelen ser un supuesto de amortización anticipada total o parcial, ya que el Banco Español pudo haber llegado a ese acuerdo con HP, teniendo en cuenta la personalidad del titular de las participaciones sociales de dicha sociedad, esto es, IESA.

A su vez, estas cláusulas llevan implícitas algún tipo de compensación a percibir, por parte de la entidad financiera, ya que al amortizar anticipadamente el crédito, esta va a sufrir un perjuicio, respecto a los intereses que recibiría en el futuro. Esto se debe a que este tipo de créditos suelen tener un plazo de amortización de entre 10 y 20 años, y para evitar ese alto perjuicio económico que sufriría el Banco Español como con el límite del 2% del capital reembolsado anticipadamente (art. 23.7 a) Ley 5/2019), a partir del undécimo año, el límite se definirá en el 1,5% en virtud de lo establecido en el art. 23.7 b) Ley 5/2019.

Como consecuencia de todo lo expuesto en los párrafos anteriores, dando respuesta a la consulta realizada, sí es posible realizar la operación de refinanciación con un sindicato bancario alemán, sin perjuicio de la comisión que pueda establecer el Banco Español, por los perjuicios económicos que le ocasione dicha operación. Dichos perjuicios se materializarán en la pérdida económica, en concepto de intereses. La financiación que ofrecen las entidades bancarias, es a cambio, de un tipo de interés que se ajustará al monto económico del préstamo, así como a la duración del mismo.

Ahora bien, en el momento en el que el sindicato alemán decide adelantar la deuda que existe, el Banco Español podría ver como se frustra la cuantía económica pretendida, ya que, dejaría de percibir los intereses que pactó en el contrato de préstamos inicial, al momento de su firma. Por ello, para evitar el perjuicio económico que resulta de anticipar el capital adeudado por parte del sindicato alemán, el Banco Español aplicará una comisión, que le exima de sufrir el aludido perjuicio económico.

En cuanto a los préstamos participativos, hay que mencionar el artículo 20.1 b) del Real Decreto-ley 7/1996 del 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que autoriza la amortización anticipada de los préstamos participativos a cambio del pago de la cláusula penalizadora. Así,

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

Asimismo, el legislador incorpora otro requisito adicional, compensar la amortización con una ampliación de fondos propios de igual cuantía. Por ello, ABC y XYZ llevarán a cabo una ampliación de fondos propios, por el mismo importe que pretenden amortizar de forma anticipada, y acorde con la intención del legislador, quien deberá dirigir la amortización, será el prestatario.

En consecuencia, y con este fin, la base de compensar la amortización anticipada con una ampliación de igual cuantía, a modo de sugerencia, proponemos que la ampliación de fondos propios, se lleve a cabo, a través de aportaciones nuevas dinerarias, y no mediante la recalificación de los activos.

10. Resolución y sustitución del contrato de O&M y sus riesgos.

Tras la compra de las participaciones por parte de ABC y XYZ, la sustitución del contrato de operación y mantenimiento vigente, por uno nuevo con una sociedad del grupo ABC, es factible siempre y cuando este sea aprobado por los administradores, en este caso por el consejo de administración, ya que tal y como se ha señalado anteriormente, la intención es que la administración de la sociedad sea llevada a cabo por tres administradores.

No obstante, son varias las cuestiones que debemos plantearnos a este respecto, en primer lugar, si nos encontramos en uno de los supuestos del artículo 160 LSC, para ello, es importante tener en cuenta que el contrato de operación y mantenimiento en virtud de lo establecido por la jurisprudencia o, tiene la consideración de contrato de prestación de servicios. Por ello, consideramos que se trata de una decisión correspondiente a la actividad diaria de la sociedad, por lo que entendemos que es competencia del Consejo de Administración, la sustitución del contrato de operación y mantenimiento.

Dicho esto, a pesar de que el contrato disponga de cláusulas habituales en este tipo de acuerdos, entre otros, cláusulas de cambio de control, diversas garantías prestadas por los socios, etc. resultaría de interés disponer de este, de cara a poder analizar su clausulado y, así poder identificar algún tipo de penalización para el supuesto de que el contrato se resuelva anticipadamente o exista algún periodo de permanencia o vigencia mínima del contrato.

Entendiendo que la sustitución del contrato se puede llevar a cabo por parte del Consejo de Administración, sin necesidad de la aprobación por la Junta, consideramos relevante destacar que la sustitución del contrato pretendida implicaría mantener el nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad con una gran vinculación con HP, dado que esta es una sociedad del grupo ABC, socio mayoritario de HP, en ese momento. Esta operación realizada con una sociedad asociada podría dar lugar a un conflicto de intereses recogido en el art. 229.1 a) LSC.

A este respecto, es importante resaltar, el art. 231 bis LSC, donde se recoge una remisión a la junta de socios las decisiones relativas a la aprobación de las operaciones intragrupo, esto es, que la sociedad celebre con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés. Para ello, es necesario remitirse al artículo 42 Código de Comercio, que señala que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, cuando entre otras cuestiones, posea la mayoría de sus derechos de voto (como en el presente caso, ya que ABC posee el 90% de las participaciones de HP) o tenga la facultad de nombrar o destituir la mayoría de los miembros del organo de administración (ABC dispone de 2 de los 3 miembros del consejo de HP), por lo que estamos ante una operación intragrupo.

De igual manera, de cara a la determinación de los requisitos aplicables en el presente caso, es importante plantearse si nos encontramos ante una operación vinculada, el cual es uno de los supuestos recogidos en el artículo 529 ter LSC, como facultades indelegables. A este respecto, es importante señalar que este tipo de operaciones conllevan un conflicto de interés del socio (ABC) con la sociedad (lo desarrollaremos más adelante) y que guarda poca relación con el conflicto de interés de la sociedad con el administrador.

Dicho esto, es importante remarcar que se considera en la legislación española como operación vinculada, para lo cual debemos remitirnos al artículo 529 viciés, donde se define como operación vinculada aquellas realizadas por la sociedad, con accionistas titulares de un 10 % o más de los derechos de voto o representados en el consejo de administración de la

sociedad. En el presente caso, ABC al ser titular del 90% de HP, estaríamos ante este supuesto, con una particularidad, que ambas sociedades del grupo ABC residen en países calificados como paraísos fiscales.

Igualmente, dado que según el balance simplificado este contrato no supone el 10% del activo, este no es susceptible de aprobación por parte de la Junta General, sólo será necesaria la aprobación por parte del consejo de administración con las particularidades anteriormente señaladas. Para la aprobación de estas operaciones por parte del consejo de administración, los consejeros afectados o que representen a ABC, esto es, dos de los tres, deberán abstenerse de participar en la deliberación votación, en virtud del artículo 228.c LSC.

De igual manera, de manera previa a la deliberación y aprobación por parte del consejo deberá llevarse a cabo un informe de la comisión de la auditoría, donde deberá evaluarse si la operación es justa y razonable desde el punto de vista de la sociedad, sin tener en cuenta la visión de los consejeros afectados, así como dar cuenta de los presupuestos en que se basa la evaluación y los métodos utilizados.

Sin embargo, a pesar de todo el análisis anterior, con el objeto de agilizar toda la operación, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, esto es, contrato de servicio, recomendamos actuar en consonancia con el art. 230.2 LSC, puesto que faculta a las sociedades de responsabilidad limitada a dispensar las prohibiciones del art. 229 LSC, anteriormente mencionado, para el establecimiento por parte la sociedad de una relación de servicios, siempre y cuando la Junta General autorice la operación, por la que la autorización requerida, sería el paso necesario a ejecutar para poder llevar a cabo la sustitución del contrato.

Por último, es importante destacar que en lo relativo a las operaciones vinculadas, con el objeto de dar cumplimiento al art. 18 de la Ley de Impuesto de Sociedades, que HP acredite las ventajas que ha obtenido por los servicios prestados por la empresa del grupo ABC, respecto al contrato que la empresa mantenía previamente.