

# **INFORME JURÍDICO**

**Que emite D<sup>a</sup>. BEATRIZ VARELA PUERTA sobre las siguientes  
cuestiones fundamentales:**

- **Análisis jurídico de la operación de adquisición de  
la sociedad Hidro Power, S.L. por las sociedades  
ABC Capital EU, S.A.R.L, y XYZ, S.L**
- **Análisis jurídico de la operación de refinanciación  
de la sociedad Hidro Power, S.L**

**1. Puede ABC adquirir participaciones en una sociedad española y, en su caso, que requisitos/formalismos deberá cumplir? En relación a las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.**

**¿Qué formalizades deberán cumplir ABZ, XYZ y HP?**

Para saber si ABC puede adquirir participaciones en una sociedad española hay que atender a lo establecido en el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en donde se regula el régimen de la transmisión voluntaria por actos inter vivos. El artículo dice lo siguiente:

*“Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley”.*

Por tanto, para adquirir las participaciones de una empresa española lo primero a lo que se debe atender son sus estatutos sociales, de manera que se identifique si existe limitación alguna. En caso de no existir ningún tipo de limitación para que ABC pueda realizar dicha adquisición, se revisarán las normas que establece la ley para saber qué parámetros cumplir ante las normativas mercantiles. En las sociedades de responsabilidad limitada existen limitaciones para la transmisión de las acciones debido a su carácter cerrado, por lo que las cláusulas de libre transmisión de participaciones quedan prohibidas.

Para que la transmisión de las participaciones sea válida en términos legales se requiere de la aprobación de la transmisión en Junta General de Socios de la sociedad del transmitente. Posteriormente se podrá acudir a notaría.

También debe comunicarse por escrito a los administradores de la sociedad transmitente cuál es el número de participaciones sociales a transmitir, el valor de las mismas, si llevan aparejada una prestación accesoria u otras vicisitudes adicionales, como los derechos de voto que otorguen, la identidad del adquirente, el precio, la forma de pago y demás condiciones de la transmisión. Además, se requiere del consentimiento del resto de socios por mayoría ordinaria o mayoría absoluta.

La transmisión se debe realizar a través de documento público de acuerdo con el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, lo cual permitirá la seguridad jurídica y preventiva para la determinación y fijación de derecho y obligaciones de las partes.

Entre los documentos que deben aportarse al notario se encuentran:

- El título de propiedad de las acciones o participaciones que se transmiten.
- Los poderes, en su caso, para comparecer en nombre de vendedor y comprador, según corresponda. En caso de haberse otorgado en el extranjero, debe estar debidamente legalizado.
- El N.I.E./N.I.F. o D.N.I. español del vendedor y comprador.
- La manifestación sobre el titular real tanto para comprador como para vendedor, en caso de que sean personas jurídicas. Podrá aportarse un acta

notarial de manifestaciones de titularidad real o declararse en la propia escritura.

- La justificación documental del pago y el medio a través del cual se ha realizado (en concreto, si el precio se recibió con anterioridad al otorgamiento, su cuantía, así como si se efectuó con cheque u otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria).

En cuanto a las normas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, hay que tener en cuenta lo plasmado en el artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, donde se establece la obligación de obtener, conservar y actualizar la información de los titulares reales, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2. c) y d), en el caso de las personas que actúan como fiduciarios, gestionando o administrando fideicomisos como el trust anglosajón.

**2. A los efectos de poder comparecer ante notario en España para otorgar la compraventa, ambos Socios han otorgado un poder especial en sus respectivos domicilios. ¿Qué formalidades deberán cumplir dichos poderes para ser admitidos por el notario autorizante de la operación?**

Podemos señalar, por un lado, los requisitos comunes de los poderes otorgados por la sociedad española XYZ, S.L. y por la sociedad luxemburguesa ABC Capital EU, S.A.R.L. y, por otro lado, las particularidades del poder otorgado por esta última.

En ambos casos, en relación con las **facultades de quien lo confiere**, el poder debe haber sido conferido por administrador o apoderado de cada una de las

sociedades con facultades suficientes para ello. En relación con las facultades de quien confiere el poder especial, pueden distinguirse distintos supuestos, a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo número 378/2021, de 1 de junio de 2021:

- A) Que el poder haya sido conferido por un administrador de la sociedad. En este caso es suficiente con acreditar que el cargo de dicho administrador está inscrito en el Registro Mercantil correspondiente.
- B) Que el poder haya sido conferido por un apoderado con cargo inscrito en el Registro Mercantil. En este caso, también es suficiente con acreditar que dicho cargo está inscrito en el Registro Mercantil y que dicho apoderado tiene al efecto facultades suficientes.
- C) Que el poder haya sido conferido por un apoderado facultado en virtud de un poder especial. En este caso, debe acreditarse la sucesiva cadena de apoderamientos, hasta llegar al administrador o apoderado con facultades suficientes, en ambos casos inscritos en el Registro Mercantil correspondiente.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 160, apartado f) de la Ley de Sociedades de Capital. En caso de constituir el objeto de la compra un **activo esencial**, tanto de la sociedad vendedora como de cualquiera de las sociedades compradoras, deberá exigirse acuerdo de la Junta General de la respectiva sociedad.

En relación con ambas sociedades, el poder especial debe constar en **escritura pública** cuando este tenga por objeto realizar actos que deben redactarse en escritura pública, perjudicar a terceros o administrar bienes. La venta de

participaciones sociales se trata de un acto que debe constar en escritura pública ya que así queda establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En el caso del poder especial otorgado por la sociedad luxemburguesa, debe ser objeto de **legalización o apostilla**, trámite que puede realizarse también telemáticamente. El trámite de apostilla consiste en colocar sobre un documento público, o una prolongación de este, una Apostilla o anotación que certificará la autenticidad de la firma de los documentos públicos expedidos en un país firmante del XII Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros que deban surtir efectos en otro país firmante del mismo.<sup>1</sup>

Ante el Notario que ha de autorizar la escritura de compraventa se acreditará la representación en la forma antes señalada, mediante la aportación de los documentos correspondientes, y quien, una vez acreditadas las facultades de los apoderados para comprar, dará **juicio de suficiencia** de que, a su juicio y bajo su responsabilidad, tienen facultades suficientes para dicho acto, tal como se determina en el artículo 98 de la Ley 24/2005.

**3. ¿Existe alguna formalidad adicional que debemos tener en cuenta a la hora de estructurar la adquisición o alguna acción a completar con carácter previo o simultáneo a la ejecución de la compraventa?**

---

<sup>1</sup> *Legalización Única o Apostilla de la Haya - Trámites y Gestiones Personales.*  
(s. f.). <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/tramites/legalizacion-unica-apostilla>

De cara a la realización exitosa de la compraventa hay que considerar tres tipos de requisitos, los relativos a los sujetos, los relativos a las participaciones y los relativos al precio.

En primer lugar, en cuanto a los **requisitos relativos a los sujetos**, es necesario probar la capacidad de los comparecientes, que apreciará el Notario bajo su responsabilidad, denegando el otorgamiento si las partes carecen de ella, por ejemplo, si el transmitente fuese menor o incapacitado judicialmente. Si se trata de sociedades, como es el caso, se exigirá su regular constitución conforme a las Leyes.

También es necesaria la legitimación de las partes, que puede ser directa si los que comparecen actúan en su propio nombre y cuenta propia o indirecta si lo hacen en representación de tercero. En este último caso, deberá acreditarse al Notario esta representación mediante la exhibición de copia autorizada de poder (donde aparezcan expresamente las facultades para enajenar o gravar), o escritura de acuerdo social de donde resulte el cargo vigente, las facultades suficientes para comprar o vender, y en su caso, deberá estar inscrito en el Registro público correspondiente.

Cuando una misma persona pretenda comparecer en representación de dos o más personas, y exista conflicto de interés, deberá estar expresamente salvado en el poder o expresamente facultado por la Junta General correspondiente.

En caso de sociedades de capital, si no constituyen activo esencial (por no exceder del 25% del patrimonio social), basta manifestación del administrador en ese sentido. Por el contrario, será indispensable acuerdo en Junta General autorizando la venta.

La suficiencia o no de las facultades de representación será apreciada, bajo su responsabilidad, por el Notario autorizante.

Además, la parte transmitente deberá acreditar que ostenta poder de disposición sobre el inmueble objeto de la venta, es decir, facultades suficientes para enajenarla, que podrá hacer con la copia autorizada de su escritura, que deberá exhibir.

Si las participaciones son gananciales, para su venta deberán comparecer ambos cónyuges (artículo 1375 Código Civil), lo que no sucede en caso de acciones u otros valores mobiliarios. Si es privativo de un cónyuge por confesión del otro sobre el origen del precio para su compra basta el consentimiento del titular (artículo 1324 Código Civil).

Si pertenece a varias personas en proindiviso deberán comparecer todas ellas (artículo 398 Código Civil).

Si el comprador está casado en separación de bienes deberá acreditarlo con su escritura de capitulaciones matrimoniales debidamente inscrita en el Registro Civil (artículo 266 Reglamento de la Ley del Registro Civil).

Asimismo, para la correcta realización de la tramitación es necesario la identificación de los sujetos comparecientes por medio del D.N.I y del N.I.F (en caso de ser personas naturales, cuestión que no ocurre en el presente caso). Si los comparecientes son de nacionalidad extranjera, deberán solicitar previamente su N.I.E. -Número de Identidad de Extranjero- ante la Dirección General de la Policía.

Al tratarse de una inversión extranjera será necesaria la comunicación con la Dirección General competente. Como los comparecientes son personas jurídicas se tendrán en cuenta sus datos esenciales. El administrador se encargará de

dejar constancia en el documento de transferencia de las personas que ostenten directa- o indirectamente más del 25% del capital de la sociedad, tal como se plasma en el artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Se verificará la capacidad que tienen las partes para la realización del negocio jurídico y su correspondiente legitimación. La parte que transmite deberá acreditar su poder de disposición.

En segundo lugar, se requiere que en el documento se plasmen los **requisitos relativos a las participaciones**.

La descripción de las participaciones se hará expresando los datos esenciales de la sociedad de cuyo capital son parte, y los números de la misma y su valor nominal, sea igual o no al precio de venta, así como si están sujetas a prestaciones accesorias o tienen atribuidos otros derechos.

Respecto a la transmisibilidad de las participaciones, hasta que no se haya inscrito la sociedad no podrán transmitirse (artículo 34 Ley Sociedades de Capital). Este requisito se considera por la doctrina referida a las participaciones como tales con todos sus derechos frente a la sociedad, pero como aportación ya realizada con contenido económico es susceptible de transmisión como todo derecho.

La transmisión es libre en los casos previstos en los estatutos sociales o en su defecto en la Ley. En los demás casos será necesario el acuerdo de la Junta General que autorice la venta para lo que se deberá notificar a la sociedad los datos de las participaciones, adquirente y precio ofrecido, si el precio se aplaza deberá de prestarse aval o fianza (artículo 107 Ley de Sociedades de Capital)-

Si llevan consigo la realización de prestaciones accesorias es necesaria autorización de la Junta General (artículo 88 Ley de Sociedades de Capital).

Si es Sociedad Limitada Profesional, la condición de socio profesional es intransmisible, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales. No obstante, podrá establecerse en el contrato social que la transmisión pueda ser autorizada por la mayoría de dichos socios (artículo 12 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales)

En lo relativo a la extensión de las participaciones, se atribuye al adquirente todos los derechos que corresponden al socio transmitente, que pueden ser plenos o limitados (participaciones sin votos o con más votos), o la mejora en la distribución de dividendos, la adjudicación de bienes aportados en caso de liquidación, etc.

De acuerdo con la inscripción en el libro de socios, el adquirente deberá comunicar a la sociedad su adquisición a los efectos de su inscripción en el libro de socios. Solo a partir de la comunicación podrá ejercitar sus derechos frente a la sociedad.

En caso de que el adquirente llegue a ser el único socio, esta circunstancia deberá hacerse constar en el Registro sobre la base de exhibición de libro, testimonio del mismo o certificación por el Administrador.

En tercer lugar, también son necesarios los **requisitos relativos al precio** como su fijación y los medios de pago, que deben acreditarse ante el Notario. En cuanto a la fijación del precio, puede coincidir o no con el valor nominal. Normalmente, el precio se ha pagado antes o en el acto de la firma, por eso, por imperativo de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales de Ley 10/2010, de 28 de abril y el Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo por el que se aprueba

su Reglamento debe consignarse en la escritura cuál es el medio de pago empleado conforme al artículo 24 de la Ley del Notariado, ya sea dinero efectivo (a lo que se equipara el cheque al portador), o transferencia, cheque nominativo, si es bancario el número de cuenta de cargo contra la que se ha girado. El resguardo del giro o del efecto se testimoniará en la escritura.

Por otro lado, en lo relativo al proceso de adquisición, al estar ya fijados los adquirentes habría que pasar directamente a la **fase de negociación** de las líneas maestras de lo que va a ser la compraventa de HP y del precio de dicha compraventa. Dichos acuerdos se recogerán en una **Letter of Intent o Carta de Intenciones**. También se puede incluir en ella un **plazo de exclusiva** en el cual HP o los socios se obligan a no negociar con terceros, así como un **pacto de confidencialidad** en función del cual HP o los socios se comprometen a no utilizar de forma que pueda perjudicar a la empresa la información que se le trasladará para que ambas partes puedan valorar si finalmente aceptan o no acometer la transacción.

Una vez firmada la Carta de Intenciones, empieza el **proceso de auditoría** (legal, contable, financiera y técnica), y también se comienza a hacer los **primeros borradores de contrato** relativos al trabajo de investigación, documentación, negociación y formalización de la adquisición. Después de auditar es cuando se deberá firmar el contrato de compraventa, de manera que en el contrato se pueda regular sobre datos y hechos relevantes que se han conocido durante el **due diligence**.

La **firma del contrato** se formalizará inicialmente en un documento privado puramente convencional, sin que se transfiera la propiedad de HP, sino la

obligación de hacerlo en un plazo. Hasta el cierre de dicho contrato se requerirá la obtención de la **autorización de la cesión del contrato** en la que se exija aportar algún tipo de autorización de carácter administrativo o de los organismos de competencia. Además, de cara al cierre, los socios adquirentes pueden exigir la obtención de **determinadas subvenciones**, la venta de determinados activos de los que forman la compañía o incluso la obtención de un determinado contrato.

En la misma línea, previamente a la perfección del contrato, habrá que preparar unos **estados financieros específicos** de la sociedad objeto, HP, aunque estos estados financieros específicos deben ser consistentes con los balances oficiales de dicha sociedad.

Atendiendo al **balance de cierre**, que en este momento es el que más nos concierne, deberá ser el punto que determine el precio y será preparado con posterioridad a la adquisición por los socios ya poseedores, mediante un **procedimiento de ajuste de precio**. Dado que pueden darse discrepancias en los criterios de contabilización entre transmitente y adquirentes, se puede establecer un procedimiento basado en que, una vez presentado el balance por los socios adquirentes, HP tendrá un plazo para estar de acuerdo o no con él. En caso de disconformidad se puede acordar la mediación.

Por último, el **closing o cierre** es el momento en que finaliza la transacción y, por ende, se produce la adquisición de la sociedad HP por ambos socios a cambio de un precio.

No obstante, el cierre incluye también aquellos negocios y actos jurídicos instrumentales de la toma de control diferidos en su realización a un momento

temporal posterior al de la firma del contrato de adquisición, que será aconsejable que se recojan en una ***closing checklist* o lista de cierre**.

Las **cláusulas de cierre** se incorporarán preferiblemente en el contrato previo o preparatorio por el que las partes quedan en principio obligadas recíprocamente a realizar la compraventa, aunque se podrán incluir en la ya mencionada Carta de Intenciones o en documentos independientes. Entre estas cláusulas, se encuentra aquella que determina que en el contrato de adquisición el precio se satisfará en el momento del cierre, en la forma y condiciones que fiscalmente resulten más convenientes al transmitente o a los adquirentes. Esto retrasa al momento del cierre operaciones importantes, que pueden obstaculizar o imposibilitar la terminación de la operación de transacción, ya perfeccionada, y que requerirán la inclusión en el contrato de adquisición de instrumentos de composición o heterocomposición, e incluso el dictamen de expertos.

**4. ¿Deberían valorar ABC y XYZ la posibilidad de suscribir un pacto de socios y, en su caso, qué acuerdos debería recoger en dicho pacto teniendo en cuenta la distribución 90/10 del capital (asesoramos a ambas entidades, con lo que nuestras recomendaciones deberían ser equilibradas)?**

La expresión «pactos parasociales» ha sido acuñada en nuestra doctrina para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una

sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen.<sup>2</sup>

De dicha definición puede destacarse que los pactos entre socios tienen, entre sus finalidades, la de modificar las reglas legales y estatutarias de la sociedad, pero en las relaciones entre los socios.

Y es que la principal diferencia entre los pactos de socios o pactos parasociales y los estatutos sociales radica en sus efectos. Seguimos en este punto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia num. 300/2022, de 7 de abril de 2022 y, a la vista de la misma, cabe señalar lo siguiente:

1. El Tribunal Supremo confirma su doctrina sobre la validez y eficacia de los pactos parasociales entre quienes los suscriben.
2. Señala que no son oponibles, ni exigibles a personas ajenas a los mismos, entre ellas la propia sociedad, en atención a lo dispuesto en los artículos 1257 y 1091 del Código Civil (principio de relatividad de los contratos).
3. Dicha regla de inoponibilidad es también aplicable en el caso de que los pactos hayan sido firmados por todos los socios.

El cumplimiento de los pactos parasociales se consigue mediante el ejercicio de diversas acciones (de indemnización de daños y perjuicios, de cumplimiento, de remoción, de resolución) o el establecimiento de cláusulas penales.

Además, se pueden distinguir distintos tipos de pactos parasociales:

---

<sup>2</sup> *El enforcement de los pactos parasociales (Paz-Ares, Cándido)*  
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>

A) **Pactos de relación:** Se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad.

En ellos prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad. Los supuestos que ilustran esta categoría son los acuerdos dirigidos a establecer a favor de todos o algunos de los socios derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de *lock up*, obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un determinado porcentajes («pactos de no agresión»), obligaciones de ceder o de adquirir las participaciones bajo determinadas condiciones, cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de ecualización o de redistribución de los dividendos sobre bases diversas a las previstas en los estatutos, cláusulas de valoración, etc.”.

B) **Pactos de atribución:** Son aquellos que se conciertan con el fin de procurar a atribuir ventajas a la propia sociedad. El reverso es la asunción por parte de sus firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella. Los ejemplos paradigmáticos nos los proporcionan los pactos que recogen obligaciones financiación adicional de la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones suplementarias, reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas, etc.), pero hay muchos otros compromisos que pueden ser objeto de contratación parasocial: por ejemplo, abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusiva de venta o intermediación en los productos de los socios, ofrecerle la adquisición de las acciones cuando el socio se proponga transmitir las, etc.”.

C) **Pactos de organización:** Conforman los pactos seguramente más relevantes y, al mismo tiempo, los más conflictivos jurídicamente. Los denominamos así porque expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro la sociedad. Se ha dicho por ello que tienen siempre por objeto el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, para distribuirlo o para transferirlo. El espectro de esta clase de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de las normas estatutarias; pactos sobre la composición del órgano de administración; pactos sobre las políticas a desarrollar por la compañía (por ejemplo, plan de negocios, esquema de financiación o política de dividendos); pactos restrictivos de las competencias de los administradores; pactos sobre el régimen de las modificaciones estatutarias; pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*; pactos sobre la información que debe proporcionarse a los socios; pactos sobre la contratación por parte de las sociedades de socios y familiares; pactos sobre la disolución de la sociedad (por ejemplo, atribuyendo a un socio el derecho a instar la liquidación en caso de que se verifiquen determinadas circunstancias); pactos sobre *quorums* y mayorías; pactos para el ejercicio de los derechos de minoría , etc. La mayor parte de estos pactos se instrumentan mediante convenios y sindicatos de voto, cuya fenomenología ofrece una gama de variedades amplísima.”.<sup>3</sup>

En este caso se nos pregunta sobre:

---

<sup>3</sup> *El enforcement de los pactos parasociales (Paz-Ares, Cándido)*  
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>

- A) la intención de los socios de que la sociedad esté regida por un Consejo de Administración formado por tres consejeros, siendo dos de ellos nombrados por ABC y el restante por XYZ;
- B) la forma que tiene XYZ para poder participar en la toma de decisiones en HP y, con relación a determinadas materias de especial relevancia (por ejemplo, la aprobación de CCAA, contratos con los Socios, etc.) disponer de un derecho de veto;
- C) cómo puede asegurarse ABC de que XYZ se encargue del día de la gestión de HP.

Los tres puntos anteriormente señalados deberían ser objeto de regulación en los pactos parasociales.

De ellos, solo tendrían contenido en dicho pacto, sin poderse llevar a los estatutos sociales, los relativos a los contratos con los socios, el establecimiento de un derecho de veto para determinados acuerdos.

En el marco de los pactos de organización, convendría especialmente que, al haber más de un socio, ABC y XYZ pactasen un **acuerdo de auditoría** del contrato, cuyas cláusulas básicas incluyen:

1. El precio del contrato. La cláusula deberá establecer que el precio de adjudicación es provisional, y que el precio cierto o máximo del contrato se fijará con base en el coste incurrido admisible y la comprobación del método de cálculo del beneficio por la auditoría del contrato.
2. Norma de costes. Habrá una cláusula que establezca la Norma de Costes que regirá la forma en que los contratistas deban calcular los costes del

contrato y que tienen derecho a reclamar, y los que presenten en sus ofertas económicas. Asimismo, se especificará el límite máximo imputable al contrato de determinados costes admisibles y los que están expresamente prohibidos por el contrato.

3. Auditorías de contrato. El contrato queda sometido a la revisión de la oferta y a la auditoría de costes incurridos para determinar los costes admisibles y, asimismo, el contratista queda sometido a las auditorías sobre sus sistemas de gestión y de control interno para comprobar su eficiencia en las operaciones de producción y que no realiza prácticas descuidadas.
4. Obligación contractual esencial. Con el carácter de «obligación contractual esencial», los contratistas que presenten ofertas y los adjudicatarios del contrato quedarán obligados a colaborar con el personal acreditado por el poder adjudicador para realizar las citadas revisiones y auditorías, facilitando el acceso, sin restricción, el libre acceso a sus instalaciones, sistemas de gestión y de control, informáticos o de otra índole, aportando los medios materiales que el auditor les solicite, así como los registros, documentación, información para comprobar los datos y cálculos en los que soporta su oferta del contrato o declaraciones de costes incurridos. El incumplimiento será considerado causa de resolución del contrato (artículo 223.f del texto refundido de la LCSP) o un impedimento para obtener la acreditación de la solvencia técnica para contratar.

Asimismo, en el marco de los pactos de organización y con el objetivo de deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*, sería particularmente conveniente pactar un **acuerdo de gobernanza**, cuya cláusula básica sería la cláusula de arrastre o drag-along.

Mediante esta cláusula se establece que, en caso de que los socios no sean capaces de solucionar sus discrepancias, se pueda proceder a la enajenación de sus respectivas participaciones en la sociedad y así evitar su liquidación y posterior disolución. En aquellos casos en los que un tercero lanza una oferta para comprar las acciones o participaciones de la sociedad y así tener el control, si ABC (socio mayoritario) asiente a la misma, puede exigir a XYZ (socio minoritario) que venda sus respectivas participaciones, a pesar de que se oponga.

De esta manera, podría evitarse el bloqueo societario mediante la salida de los socios actuales de la sociedad, que son quienes lo están provocando. Además, dado que el poder político conferido a XYZ es elevado pues se encarga de la gestión diaria de HP, este tipo de cláusulas podrían evitar actuaciones contrarias al interés social que están, precisamente, causando la paralización societaria. Su eficacia es indiscutible, pues dado que XYZ tiene una obligación de venta, el tercero garantiza que podrá obtener el control de la sociedad, asegurándose así su compra.

**5. En caso de haber respondido afirmativamente a la respuesta anterior. ¿Es recomendable que trasladen a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados en dicho pacto de socios y por qué? ¿Cómo deberían, en su caso, estructurar el derecho que cada uno tiene a nombrar determinados administradores para que el mismo pueda acceder al registro?**

Sí, es recomendable que trasladen a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados en dicho pacto de socios. El pacto de socios debe cumplir con determina-

dos requisitos para que este sea efectivamente oponible en el marco de la sociedad, atendiendo al artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital del año 2010:

*“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”.*

Por lo tanto, los acuerdos establecidos por los socios mediante documentos privados carecerán de la posibilidad de hacerse valer frente a la empresa como persona jurídica, siendo poco efectivos los acuerdos alcanzados.

Los pactos de socios se han llegado a dividir en “pacto reservado” y “pacto no incluido en los estatutos”, siendo los pactos reservados no oponibles a la sociedad. Para que un pacto sea efectivo debe poder concretarse dentro de la esfera societaria, de tal forma que pueda generar de manera objetiva efectos en toda la organización. De esta manera, la doctrina ha llegado a considerar los pactos sociales como un elemento jurídico distinto del contrato social, siendo cada uno único e independiente frente al otro. En este sentido, los pactos tienen una validez y eficacia limitada al ámbito interno, vinculando únicamente a los socios que han participado en ellos, es decir, «interpartes», en contraposición a la validez y eficacia «erga omnes» de los estatutos sociales, por lo que se limitan en un principio, a los que los conciertan, quedando a un lado de tales la sociedad, los demás socios que no han tomado parte y los terceros intervinientes.<sup>4</sup>

Por tanto, la validez de estos acuerdos no se ve comprometida por no encontrarse en el contrato social de la compañía. Sin embargo, su eficacia sí se ve

---

<sup>4</sup> La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios (Pérez Morones, Aránzazu) [Dialnet-LaNecesariaRevisiónDeLaEficaciaDeLosPactosParasoci-4555973 \(1\).pdf](#)

mermada al haber la posibilidad de que este acuerdo pueda ser oponible frente a la sociedad.

No obstante, este tipo de acuerdos vendrá a afectar al conjunto de socios que hayan participado en su realización. Tales pactos poseen una eficacia obligacional al formar parte de la esfera obligacional de los socios, diferenciada de la esfera societaria, ya que la voluntad de los socios ha sido la de establecer pactos accesorios a los estatutos, implicando de manera intrínseca una renuncia al régimen societario y una aceptación tácita al régimen del Derecho de obligaciones y contratos”.<sup>5</sup>

En este sentido, no resulta necesario que los pactos sean trasladados a los estatutos sociales. Sin embargo, es bastante recomendable, con la finalidad de que se presente la posibilidad de oponibilidad frente a la sociedad de los acuerdos que han llegado a alcanzarse en un determinado momento.

Para el nombramiento de los administradores debe plantearse la posibilidad de que la empresa XYZ tenga la facultad del nombramiento de parte de la junta directiva que va a hacer vida en la empresa. Primero se tendrá en cuenta cuántos directivos harán vida en la compañía para posteriormente llegar a un acuerdo entre los accionistas de la empresa, de tal forma que se logre determinar cuántos socios va a nombrar cada uno, generándose una situación de mayor seguridad jurídica para el socio que se ve en desventaja de posibilidades debido al capital accionario con el que cuenta.

---

<sup>5</sup> *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces (indret.com)* (Sáez Lacave, M<sup>ª</sup> Isabel) [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/666\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/666_es.pdf)

La elección de los administradores, por lo general, surge de la votación de la junta de accionistas, siendo esta la principal formalidad a seguir.

Sin embargo, debido a que el capital accionario se divide en dos grandes extremos entre las distintas partes que buscan asociarse para hacer la adquisición de la compañía, se puede recurrir a otros mecanismos que permitan a la empresa con menos participaciones hacer elección de alguno de los directivos de la junta para que este la represente de manera adecuada.

Por otra parte, la forma de trasladar a los estatutos sociales los acuerdos alcanzados en el pacto de socios sería la siguiente:

Primero.- Determinación de la estructura del órgano de administración de la sociedad y del número de sus miembros, para que la misma sea regida por un Consejo de Administración de tres miembros, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23,e), 210 y 242 de la Ley de Sociedades de Capital.

Segundo.- El establecimiento de mayorías reforzadas para la adopción de determinados acuerdos, en la forma establecida en el artículo 200 de la Ley de Sociedades de Capital. Los acuerdos afectados por esta mayoría reforzada serían los relativos a la determinación de la estructura del órgano de administración y a la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad.

Tercero.- El establecimiento en los estatutos sociales de una prestación accesoria a cumplir por el socio XYZ consistente en la llevanza de la gestión de la sociedad HP, en la forma permitida por los artículos 86 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Dicha prestación accesoria puede ser gratuita y se pueden pactar cláusulas penales para el caso de su incumplimiento.

Cuarto.- El establecimiento en los estatutos sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188.1 de la Ley de Sociedades de Capital, de una cláusula en virtud de la cual, a los efectos del nombramiento de consejeros en la Junta General, a cada una de las participaciones sociales de XYZ le corresponda el derecho a emitir 4 votos.

Quinto.- El establecimiento de un sistema de representación proporcional en el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración, de forma que, conforme a lo dispuesto en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital, las participaciones sociales que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

Si bien dicha posibilidad solo está contemplada en la Ley para las sociedades anónimas, la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública, en Resolución de 28 de marzo de 2022, ha entendido que también era posible pactarla para las sociedades de responsabilidad limitada.

**6. Durante la fase de auditoría legal y fiscal de HP, el asesor fiscal ha identificado una contingencia fiscal relevante por IVA. Durante las negociaciones del contrato, el asesor IESA ha propuesto cubrirlo vía “manifestaciones y garantías”. ¿En qué consiste a grandes rasgos la cobertura que nos ofrecen? ¿Funcionaría en este caso para proteger los intereses de los Socios teniendo en cuenta que IESA no dispone de más activos en balance aparte de HP? ¿Qué alternativas podrían proponerse?**

Las cláusulas de manifestaciones son aquellas cláusulas que contienen una serie de declaraciones que las partes intercambian en un contrato de compraventa de empresas. Pueden referirse tanto a creencias sobre hechos pasados (por ejemplo, la celebración del contrato no vulnera ningún otro contrato hecho por la parte vendedora en el pasado), presentes (que la empresa vendedora tiene todas las licencias que necesita para operar en el mercado de manera legal) o futuros (que no hay ningún pasivo oculto que podrá aparecer en un momento posterior a la celebración del contrato).

Se fija un régimen indemnizatorio en caso de incumplimiento de la cláusula establecida, de tal forma que en el caso de que se llegue a demostrar la falsedad de las declaraciones realizadas en la cláusula, la otra parte tendrá derecho a percibir una indemnización que se ha pactado y determinado entre las partes contratantes.

Los tribunales americanos cuentan con esta misma postura al sostener que la falsedad de cualquiera de las manifestaciones pactadas entre las partes en el contrato conllevará que la otra parte cuente con un derecho a recibir la correspondiente indemnización.

Las funciones generales de la cláusula de manifestaciones y garantías es que el comprador cuente con un mayor nivel de seguridad en el momento de la realización de la compra, sin perder demasiado tiempo buscando información en diversas fuentes que le permitan tener veracidad y certeza sobre determinados aspectos importantes a tomar en consideración en el pacto contractual.

El tiempo suele traducirse como uno de los costes del proceso de compraventa por lo que resulta de gran importancia la posibilidad de que estos puedan minimizarse al máximo.

A través de este tipo de cláusulas también existe la posibilidad de transferir al vendedor determinados riesgos que se toman en el momento de la realización de la compraventa, los cuales por lo general podrían caer a manos del comprador.

Por medio de estas cláusulas se permite un menor nivel de diligencia por parte del comprador al realizar el proceso de adquisición. En este sentido, el deber de diligencia no se elimina con las cláusulas de manifestaciones y garantías, pero se rebaja muchísimo, hasta el punto de considerar que ha habido un comportamiento no diligente únicamente cuando el comprador vaya en contra de sus actos propios, como por ejemplo al afirmar que va a realizar la auditoría y luego no hacerla.

En cuanto a otro importante aspecto de este tipo de cláusulas en los contratos de compraventa, la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de compraventa permitirá a las partes 'personalizar' el contrato, adaptándolo a sus preferencias. No sólo a través de la determinación de los aspectos del contrato que consideran como más importantes sino también mediante el pacto de un régimen indemnizatorio propio en caso de que las manifestaciones resulten ser falsas.

Esto permite un mayor dominio de las situaciones que pueden llegar a suscitarse debido al contrato pactado, y una mejor forma de resolver los problemas que pueden llegar a surgir debido a este.

Ahora bien, como se trata prácticamente de un régimen indemnizatorio, y IESA no cuenta con más activos que HP, parece poco factible que el incumplimiento de la cláusula permita de forma efectiva el cobro de una indemnización en caso de que IESA no cuente con el capital necesario para hacer frente a la deuda.

Sin embargo, debido a la cantidad a recibir derivada de la compraventa, IESA contará con el capital necesario para tener liquidez y solvencia en caso de que tenga que hacer frente a una posible deuda de pago por indemnización como consecuencia del incumplimiento de la cláusula.

Para ello, también sería importante que se estableciera una serie de garantías específicas, de tal manera que el dinero entregado como pago de la compra de las participaciones tengan algún tipo de resguardo que sirva de garantía para posteriores incumplimientos que puedan llegar a darse.

Algunas alternativas que podrían proponerse en este caso son tales como la retención de parte del pago por la compra de las participaciones, que servirá de garantía para cubrir las contingencias fiscales que se han logrado identificar. Dicha retención se presentaría hasta que se logre solventar las contingencias existentes con la Agencia de Administración Tributaria.

Otra de las alternativas posibles es el establecimiento de una cláusula a través de la cual se obligue a IESA a solventar la situación fiscal presentada a través del pago parcial que se le realizará por la compra de las participaciones. Por tanto, el dinero que se le entregue tiene que estar destinado a la realización de dicho acto, so pena de incumplimiento de contrato y posibilidad de su resolución y pago de la indemnización correspondiente.

Gracias a la cláusula de manifestación y garantía se permite eludir otro tipo de mecanismos legales que no son tan efectivos para poder afrontar este tipo de situaciones como lo puede llegar a ser el mecanismo de anulabilidad o el saneamiento por vicios ocultos.

Además, se puede evitar caer en supuestos tales como la inaplicación de la regla de la globalidad, cuestión que resulta de gran importancia para las compraventas de participaciones en las empresas.

Este tipo de mecanismos legales como la anulabilidad suelen ser problemáticos para lograr demostrar la responsabilidad de la parte que ha podido cometer alguna infracción a nivel contractual, generando algún tipo de menoscabo para la otra parte de contrato. Concretamente, incluyendo cláusulas de manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas el comprador evitará tener que recurrir al régimen de anulabilidad de los contratos. Este régimen no es muy beneficioso para el comprador de una empresa, tanto por la dificultad de probar los supuestos de hecho de la anulabilidad, como por las consecuencias jurídicas que tendrá finalmente la declaración de anulabilidad”.<sup>6</sup>

**7. En principio ABC y XYZ disponen de fondos suficientes para adquirir HP, pero dado que esta última tiene 500 millones de euros disponibles en la caja, están valorando la posibilidad de utilizar la totalidad o parte de esos 500 millones para pagar el precio de compra (HP no acepta distribuir dicho**

---

<sup>6</sup> Microsoft Word - TFG - Vila Recio, Eduardo.docx (comillas.edu)  
<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/38412/TFG%20-%20Vila%20Recio%2C%20Eduardo.pdf?sequence=1>

**importe como dividendo con carácter previo a la compra por motivos fiscales). ¿Es posible realizar dicha operación y que la Sociedad o bien pague por cuenta de los Socios o bien les facilite un préstamo a estos? ¿Por qué? ¿Existen otras alternativas?**

La opción propuesta no es posible ya que generaría un problema por tratarse de una operación vinculada. De esta forma el patrimonio personal del socio y el de la sociedad estaría confundándose y se estaría utilizando el capital de la empresa para fines no previstos. Ahora bien, existen tres supuestos que permiten la retirada de patrimonio para fines no sociales que son el reparte de dividendos, la reducción de capital y la cuota de liquidación.

Ahora también hay que hacer mención de que ABC y XYZ no pueden disponer del dinero en caja con el que cuenta IESA, ya que hasta tanto se perfeccione la adquisición dicho capital no puede quedar a su disposición. Puede pactarse entre las partes que el pago de la compraventa de las participaciones se realice en distintos periodos a través de un contrato de tracto sucesivo. Sin embargo, si IESA no dispone de realizar la venta otorgando completa disposición del dinero con el que cuenta en caja la compañía, existe entonces imposibilidad de la utilización de estos fondos con el fin de utilizarlos para el pago de las participaciones sociales.

La sociedad no puede pagar por cuenta de los socios ya que los capitales de estos no pueden llegar a confundirse, cada uno cuenta con su personalidad jurídica independiente por lo que son responsables de sus deudas de manera individual.

Ahora bien, existe la posibilidad de la realización de préstamos a los socios siempre y cuando estos sean considerados como personas vinculadas.

**8. En unidad de acto con la adquisición, está previsto que, entre otras cuestiones, HP traslade su domicilio social a Madrid y se revoquen los actuales poderes generales vigentes, otorgándose unos nuevos. ¿Qué órganos serán los encargados de la adopción de dichos acuerdos? ¿Cómo deberán documentarse los mismos, que formalizados deberán cumplirse para su plena eficacia y que personas, en su caso, deben llevarlas a cabo?**

La junta general será quien se encargue de la modificación de los estatutos y por tanto del traslado del domicilio social de la empresa. En los estatutos se plasman quienes tienen poderes generales vigentes ya sea por ostentar algún rol de administración en la empresa, por lo tanto, la revocación de estos poderes también será decisión de la junta general tal como queda establecido a través del artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, en cuanto a los poderes que han de conferirse, la nueva junta directiva será nombrada por la junta general de socios, mientras que los poderes en otras áreas como la legal pueden ser conferidos por la junta directiva.

Las decisiones que se hayan adoptado deberán estar documentadas bajo el acta de juntas tal como queda establecido en el artículo 2020 de la Ley de Sociedades de Capital. Este artículo expresa lo siguiente:

*Artículo 202. Acta de la junta.*

- 1. Todos los acuerdos sociales deberán constar en acta.*
- 2. El acta deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente de la junta general y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría.*

*3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten.*

Una de las formalidades a cumplir es el levantamiento del acta notarial en caso de que así sea requerida por los administradores. El artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital determina que:

*1. Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial.*

*2. El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre.*

*3. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad.*

**9. Tan pronto adquieran el capital social de HP, la intención de ABC y XYZ (dada la excelente relación que ABC tiene con un sindicato bancario alemán) es refinanciar la compañía y repagar anticipadamente toda la deuda existente (tanto la Deuda con Bancos como la Deuda con Socios). ¿Sería posible realizar esta operación y, en su caso, cómo?**

Sí es posible la refinanciación de la compañía. Por medio de un acuerdo con el Banco es posible reestructurar la deuda existente de tal forma que se vuelva más

factible su pago y, por lo tanto, su cancelación. De esta forma, se logra ampliar el plazo de devolución del crédito y la dotación de liquidez a la empresa. La refinanciación se encuentra regulada a través del Real Decreto-Ley 4/2014, la cual contempla un conjunto de procesos para lograr esta operación.

Por un lado, se encuentra la **refinanciación mediante acuerdos privados**, en virtud de la cual las empresas pueden realizar una convención con uno o más acreedores siempre y cuando la situación patrimonial del deudor mejore.

Por otro lado, existe la **refinanciación a través de acuerdos colectivos sin homologación judicial**. Para la realización de este acuerdo únicamente bastará la certificación otorgada por el auditor de cuentas.

También se contempla la **refinanciación a través de acuerdos colectivos con homologación judicial**. En este caso estará bajo responsabilidad de juez comprobar la concurrencia de las mayorías exigidas y también el cumplimiento de los requisitos formales para declarar la homologación.

Más concretamente, se exponen a continuación los puntos específicos a considerar de cara a una eventual refinanciación de la compañía.

En primer lugar, hay que tener en cuenta cómo está estructurada la deuda.

Por un lado, se da una financiación por importe de 400 millones de euros de HP con Banco español (Deuda Bancos) y un contrato de operación y mantenimiento con la empresa Operación de Proyectos, quien presta servicios a HP en exclusiva.

Por otro lado, se realizan unos préstamos participativos a favor de HP por importe de 100 millones de euros (Deuda Socios).

En este sentido, cabe destacar que la estructura de la Deuda Bancos responde a unas características estándares, mientras que la Deuda Socios responde a la especialidad del préstamo participativo.

En segundo lugar, hay que entrar a valorar las especificidades de dichos contratos y préstamos.

En lo relativo a las **cláusulas de cambio de control de los contratos financieros y de los de operación y mantenimiento** de HP con Banco Español y con la empresa Operación de Proyectos respectivamente, partimos de la base de que introduciendo en los mismos dicha cláusula de control, los suscriptores están estableciendo como fundamental para la prestación de su consentimiento la existencia de una relación mutua basada en la confianza entre ambas (a parte del requisito fundamental de rentabilidad determinada en el caso de un banco). Por ello, cuando se produce la entrada de un nuevo inversor en el capital de la compañía que supone un cambio en el control de la misma, como es el caso, esta situación de confianza entre ambas partes desaparece, teniendo como consecuencia última, la posibilidad de resolución anticipada del contrato ya suscrito o incluso de reclamación de indemnizaciones. En estos escenarios existirá un cambio de control propiamente dicho cuando la sociedad sufra, de manera directa o indirecta, una variación en la distribución del accionariado o de la participación en el capital de esta conforme a lo señalado en el artículo 42 del Código de Comercio. Sin embargo, también podrán estipularse otras causas que supondrán un cambio de control en el cuerpo del contrato que se suscribe.

De este modo, cuando se detecta que puede tener lugar un cambio de control de una sociedad, en aquellas relaciones que esta mantenga con terceros en las que se haya suscrito una cláusula de control, se activa la necesidad de exigir el

consentimiento expreso por la contraparte. Todo ello responde al fin de regularse las consecuencias que una potencial resolución del contrato en cuestión pueda tener en relación con la operación, como podría ser la reducción del precio, o incluso la resolución del propio contrato de compraventa de la empresa dependiendo de la importancia del acuerdo con cláusula de cambio de control para la sociedad.

Dicho resumidamente, lo que ocurre es que tanto en los contratos de operación y mantenimiento como en los financieros, si al comprar cambia el accionariado se activa esta cláusula y se puede perder toda la financiación porque se puede rescindir el contrato. Como HP no tiene trabajadores y está sometida al cumplimiento del contrato de operación y mantenimiento que suscribió con la empresa Operación de Proyectos, asumimos que es fundamental que este contrato no se rescinda pues es Operación de Proyectos quien gestiona el día a día de HP.

En este sentido, Banco Español deberá realizar un análisis de riesgo minucioso. En el caso de que se resolviese el contrato de operación y mantenimiento, a Banco Español no le interesará financiar la compañía. Por tanto, es fundamental para ABC y XYZ que ese contrato no se rescinda.

Por otro lado, en lo relativo a los **préstamos participativos** en favor de HP, como los socios tienen recursos propios, uno de estos préstamos lo van a refianciar ellos con sus propios recursos.

Respecto a la financiación de los demás préstamos, habrá que entrar a analizar las características de los préstamos participativos (artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y

liberalización de la actividad económica) para valorar su financiación, que se detallan a continuación:

1- Se trata de un préstamo a largo plazo con interés variable. Los intereses se determinan en función de la evolución de la actividad de la empresa que recibe la financiación, aunque también es posible acordar un interés fijo, independientemente de la evolución del negocio.

Esto concede un amplio margen de tiempo a la empresa para sacar adelante su proyecto sin verse asfixiada por los gastos de financiación. Suelen tener un amplio periodo de carencia para devolver el principal.

2.- Se puede acordar una penalización en caso de amortización anticipada, siempre y cuando se realice una ampliación de los fondos propios de una cuantía equivalente. Dado que el préstamo participativo puede considerarse como fondos propios, su amortización causaría la merma del patrimonio neto. De ahí la obligación de compensarlo con una aportación de capital.

3.- En orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes. Es decir, si el proyecto no sale adelante y la empresa tuviera que declararse en concurso, el prestamista cobraría después del resto de acreedores.

4.- Se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

Asimismo, habría que entrar a valorar las ventajas de dicho instrumento de financiación, que se enumeran a continuación:

- La remuneración es deducible fiscalmente;
- Evita la cesión de la propiedad de la empresa;

- Evita la participación de terceros en la gestión;
- Evita la posible entrada de socios hostiles;
- El carácter subordinado permite incrementar la capacidad de endeudamiento;
- Adecua el pago de intereses en función de la evolución de la empresa;
- El plazo de amortización y carencia son más elevados.

No obstante, el préstamo participativo acarrea también ciertas desventajas que hay que considerar, que se recogen de la siguiente manera:

- Si el negocio obtiene resultados positivos, los intereses a pagar suelen ser mayores en comparación con los préstamos convencionales;
- El prestamista adquiere cierta presencia en la directiva de la empresa, pudiendo asistir a las Juntas o Consejos de Administración.
- Se crea una reserva económica de carácter anual con parte de los beneficios de la empresa para afrontar los pagos del préstamo a su vencimiento;
- Hay que realizar y entregar informes sobre los estados financieros de la empresa al responsable de la parte prestamista a modo de garantía para la recuperación;
- No hay total libertad para cancelar el préstamo. Habría que realizar una compensación de igual cuantía con los fondos propios de la empresa.
- Existen costes de administración asociados.

**10. De igual modo, tras la venta está previsto que HP resuelva el contrato de O&M que actualmente mantiene suscrito y lo sustituya por un nuevo contrato de operación y mantenimiento con una sociedad del grupo ABC. Las condiciones de dicho contrato son ligeramente más onerosas que las del contrato originalmente en vigor, pero no llegan a ser consideradas fuera de mercado. ¿Es posible sustituir el O&M y, en caso afirmativo, que órgano(s) debería(n) aprobar la suscripción del nuevo contrato y con que requisitos? ¿Identificamos algún riesgo en relación a dicha resolución?**

Para la realización de la correspondiente resolución del contrato hay que tener en cuenta las condiciones que hubiesen pactado HP en conjunto con OP. No es posible la resolución del contrato si no existe incumplimiento de este por alguna de las partes o si no se ha incurrido en alguna condición resolutoria. Para ello habrá que evaluar cómo ha sido la gestión de OP dentro del marco del contrato que se ha firmado.

También es posible que entre HP y OP existiera alguna cláusula resolutoria de finalización unilateral del contrato, en virtud de la cual se pudiese concluir el mismo. Sin embargo, este tipo de cláusulas cuentan, por lo general, con una serie de consecuencias jurídicas, como el pago de algún tipo de indemnización por la continuación del contrato, lo cual evidentemente genera perjuicios económicos para la otra parte del negocio jurídico.

Ahora bien, bajo estas hipótesis se puede concluir, finalmente, que resolver el contrato para llegar a un convenio de operación y mantenimiento con otra empresa se traduce en un doble perjuicio para la sociedad, ya que, por un lado, surge el pago de una indemnización y, por otro lado, el nuevo contrato concebido es más oneroso que el que se está llevando a cabo.

También se determina la existencia de un efecto retroactivo en las obligaciones de hacer, de acuerdo con los que los tribunales de justicia tomarán decisiones y con lo que establece el artículo 1120 del Código Civil (*“Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella.”*).

Asimismo, es necesario determinar si HP ha cumplido con sus obligaciones para solicitar la respectiva resolución, ya que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumpla sus respectivas obligaciones, tal como ha establecido el Tribunal Supremo tras el análisis e interpretación del artículo 1124 del Código Civil (*“La parte perjudicada podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Además, si el perjudicado opta por exigir el cumplimiento, podrá pedir la resolución más tarde si el cumplimiento resulta imposible.”*).

Por lo tanto, debe existir un cumplimiento simultáneo de ambas partes o, en su defecto, el incumplimiento de la parte que no vaya a ejercer la condición resolutoria.