



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Caso práctico para el Trabajo Fin de Máster
Especialidad Derecho de la Empresa

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía
Curso 2022/2023

Autor: Jorge Blasco García

Tutora: Irene Lorenzo Rego

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES.....	2
1.1 PARTE 1.....	2
1.1.1. Regularización fiscal.....	2
1.1.2. Registro de marca “Motopapi”.....	7
1.1.3. Despido alto directivo.....	11
1.1.4. Mecanismos contractuales de protección en una SPA.....	13
1.2 PARTE 2.....	16
1.2.1 Reparto de dividendos.....	16
1.2.2 Elección de consejero por socio minoritario.....	23
1.2.3 Derecho de información del socio minoritario.....	25
1.3 PARTE 3.....	27
1.3.1 Control de la subfilial y liquidación de la filial de Producciones Gasolina.....	27
1.3.2 Adquisición de BZRP HITS, S.A.	37
2. BIBLIOGRAFÍA	47
2.1. LEGISLACIÓN.....	49
2.2. JURISPRUDENCIA	52

1. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES

La entidad LATINO GANG INC., con sede en Miami, es la sociedad matriz de un grupo internacional dedicado a la industria musical, en especial a la producción discográfica de reguetón y a la representación de artistas de habla hispana (el Grupo). Pese a ser una de las mayores productoras de música latina y contar con presencia en la práctica totalidad del continente americano, el Grupo todavía no opera en España, mercado de gran atractivo estratégico y una de las prioridades de expansión para los próximos años.

1.1 PARTE 1

El Grupo está planeando la adquisición de una participación del 51% en el capital social de la española PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (la Sociedad) como puerta de entrada a este país, para lo cual contratan los servicios de su despacho de abogados, uno de los mejores de Madrid en este tipo de operaciones.

Tras un exhaustivo proceso de revisión de la situación legal de la Sociedad (due diligence), los abogados del Grupo entregan un informe final señalando tres contingencias relevantes sobre las cuales solicitan un asesoramiento adicional en mayor profundidad:

- 1.1.1. La Sociedad no declaró a la AEAT en su debido momento más de un millón de euros en ingresos derivados de conciertos virtuales a través de la plataforma *TikTok*, obtenidos a lo largo del 2020 durante los meses de pandemia. Al Grupo le preocupa la posibilidad de que la AEAT inicie una investigación en relación con este asunto. Valore la idoneidad de una regularización vs. ignorar el asunto, así como todos los posibles costes relacionados con ambas opciones.**

El impuesto sobre Sociedades (en lo sucesivo, «IS») se encuentra regulado en la Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades¹ (en lo sucesivo, «LIS») y en el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades². Es un impuesto directo y de naturaleza personal que tiene por objeto gravar los beneficios o rendimientos económicos obtenidos por las sociedades y demás entidades jurídicas. Según lo dispuesto en el artículo 2.1 de dicha Ley, se aplica de forma periódica en todo el territorio español, incluyendo al mar territorial español, en el ámbito de aplicación

¹ BOE, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

² BOE, núm. 165, de 11 de julio de 2015.

especial del impuesto, «*sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra*»³.

El hecho imponible de este impuesto aparece reflejado en el artículo 4 LIS en el que se establece que es la “*obtención de rentas, cualquiera que fuese su origen o fuente*”, abarcando, por tanto, todos los beneficios, tanto los que provengan de negocios onerosos como gratuitos⁴. La base imponible está constituida por el montante de la renta obtenida durante el período impositivo minorado por el importe de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores⁵.

Por otro lado, el Impuesto sobre el Valor Añadido (en lo sucesivo, «IVA») podemos definirlo como aquel tributo de carácter indirecto que recae sobre los consumidores y que grava el tráfico empresarial. Este impuesto se encuentra regulado en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido⁶ (en lo sucesivo, «LIVA») y en el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido⁷.

El hecho imponible de este tributo está compuesto por 3 elementos:

- Operaciones interiores: Entrega de bienes y Prestaciones de servicios.
- Adquisiciones intracomunitarias.
- Importaciones de bienes.

A modo de síntesis, podemos diferenciar entre el IVA devengado o repercutido y el IVA soportado. El primero de ellos, hace alusión al IVA que el empresario cobra a sus clientes cuando presta un determinado servicio o cuando vende determinado producto, mientras que el segundo hace referencia al IVA que el empresario paga como “cliente” en el desarrollo de su propia actividad económica. El IVA devengado o repercutido se verá minorado por el IVA soportado deducible, es decir, por los gastos generados por la empresa en el ejercicio de su negocio.

³ Artículo 2.2 Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁴ PLA VALL, A. y SALVADOR CIFRE, C.: *Impuesto sobre Sociedades* 12ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 30-35.

⁵ Artículo 10.1 Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁶ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

⁷ BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1992.

Asimismo, dado que *TikTok* no tiene sede en España, pero sí en otro país de la Unión Europea, la Sociedad debería darse de alta en el Registro de Operador Intracomunitario (ROI) para emitir y recibir facturas de la plataforma digital.

En relación con la posible tributación en el impuesto sobre determinados servicios digitales⁸ hemos de indicar que la Ley entró en vigor en noviembre de 2020 y que considera como contribuyentes por el impuesto las personas jurídicas que el importe neto de su cifra de negocios en el año natural anterior supere 750 millones de euros y que el importe total de sus ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, correspondientes al año natural anterior, supere 3 millones de euros. Por todo ello, a pesar de que desconocemos la cifra de negocios del año anterior, pero sí tenemos constancia de que el importe de los ingresos generados por *TikTok* que estarían presumiblemente sujetos a dicho impuesto es inferior a 3 millones, la sociedad no tributaría por este tributo.

Pues bien, conociendo los impuestos que deberían haber gravado los ingresos obtenidos de los conciertos virtuales a través de la plataforma *TikTok* a lo largo del 2020, para responder a la cuestión, lo primero que debemos valorar sería el montante de la base imponible que debería haber abonado la Sociedad por tales beneficios.

Si optamos por la primera opción, es decir, regularizar la situación de la Sociedad, debemos prestar atención a la LIS, a la LIVA y a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁹ (en lo sucesivo, «LGT»). La primera de ellas establece que el tipo de gravamen general del IS es del 25%, aunque existen otros tipos como por ejemplo el tipo reducido del 23% para aquellas entidades cuya cifra de negocio del periodo impositivo anterior no supere el millón de euros. No obstante, dado que no tenemos datos suficientes, suponemos que se debería aplicar el gravamen general.

Por otro lado, considero que nos faltan datos para determinar la base imponible del IVA por el que la Sociedad debería haber tributado.

No obstante, en aras de responder a la cuestión, debemos prestar especial atención a la LGT. En su artículo 27.2 establece que aquellas declaraciones extemporáneas sin requerimiento previo por la Administración Tributaria llevarán aparejado un recargo. En este caso, dado que la presentación de la autoliquidación o declaración se efectuaría una vez transcurridos 12 meses

⁸ BOE núm. 274, de 16 de octubre de 2020.

⁹ BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

desde el término del plazo establecido para la presentación, el recargo será del 15 por ciento (más intereses de demora por el período transcurrido desde el día siguiente al término de tales 12 meses), excluyendo posibles sanciones que pudieran ser exigidas. Además, tal recargo podría incluso ser reducido si la Sociedad realizase el ingreso del importe cumpliendo determinadas exigencias.

Asimismo, si optásemos por una regularización voluntaria y sin que medie un requerimiento previo de la AEAT, podríamos excluir las sanciones derivadas de las infracciones tributarias recogidas en los artículos 191 y 192 LGT.

Sin embargo, si nos decantásemos por la posibilidad de ignorar el asunto y rechazar la regularización voluntaria podríamos tener que hacer frente a las infracciones tributarias mencionadas anteriormente. Concretamente, en el presente caso, dado que presumiblemente la cuantía que se habría dejado de ingresar sería superior a los 3.000 euros, estaríamos ante una infracción grave (art. 192.3 LGT) que lleva aparejada una sanción consistente en una multa proporcional del 50 al 100%. El porcentaje dependerá del perjuicio económico causado a la Hacienda pública o de que se hayan cometido infracciones de manera continuada.

En la misma línea, debido a que podemos suponer que la cantidad dejada de ingresar al erario superaría ampliamente el umbral de los 120.000 euros, la Sociedad podría haber incurrido en un delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰ (en lo sucesivo, «CP») recoge en su artículo 305 y ss. el delito fiscal y, en este caso, llevaría aparejada penas tales como multa (del tanto al séxtuplo de la cuantía que se determine), disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales, prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se ha cometido el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o intervención judicial (artículo 33.7 CP). Además, al ser un delito fiscal agravado tendría un plazo de prescripción de 10 años.

Si bien es cierto que las cantidades dejadas de ingresar corresponden al ejercicio de 2020, podríamos tener en cuenta que, según el artículo 66 LGT, el plazo de prescripción de los tributos antes mencionados es de 4 años y estamos en 2023. Sin embargo, el artículo 67 LGT dispone que el plazo de prescripción comenzó a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalizó el plazo de pago en período voluntario.

¹⁰ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Por tanto, dado que la LIS establece que el IS se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los 6 meses posteriores a la conclusión del período impositivo¹¹, que el IVA se liquida y se paga trimestralmente, y que suponiendo que la Sociedad ha hecho coincidir su periodo impositivo con el año natural, pudo liquidar y pagar los impuestos hasta el 25 de julio de 2021 (fecha en la que se inició el periodo de prescripción). Es decir, ambos tributos prescribirían el 25 de julio de 2025, por lo que la Agencia Tributaria todavía dispondría más de 18 meses para iniciar una investigación contra la Sociedad. Además, el CP prevé unos plazos de prescripción de 5 años para el supuesto delito fiscal en el que habría incurrido.

Por último, otro argumento a favor de la primera opción sería que el CP, en relación con el delito fiscal, establece que cuando el obligado tributario proceda al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria de manera previa a la posible comprobación o investigación de la AEAT o antes de que la Fiscalía, el abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica de que se trate, interponga querrela o denuncia, se considerará regularizada su situación en el ámbito penal. Los efectos de tal regularización serán igualmente aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa (art. 305.4 CP).

La regularización voluntaria de su situación tributaria por parte de la Sociedad impediría que fuese objeto de persecución por las posibles irregularidades de naturaleza contable que, en relación con la deuda tributaria relacionada con los beneficios provenientes de *TikTok* pudiera haber incurrido previamente.

Por todo ello, consideramos que, en aras de evitar los posibles recargos, sanciones administrativas o, incluso, las condenas penales anteriormente expuestas, **la mejor opción sería optar por regularizar y liquidar la deuda tributaria de la Sociedad de manera voluntaria y en un solo pago** si así fuese posible.

Asimismo, creemos que dicha regularización y liquidación de los tributos por parte de la Sociedad debería ser previa a la adquisición y, en el contrato de compraventa del 51% de las participaciones de la Sociedad, debería incluirse una serie de mecanismos de protección ante tales contingencias que más adelante desarrollaremos.

¹¹ Artículo 124 LIS.

1.1.2. La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), la cual se concedió el 20 de octubre del 2022, y se publicó el 10 de diciembre de ese mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Sin embargo, la cantante Dña. Rosario García-Despechá ha interpuesto una acción ante los tribunales correspondientes alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes motivos: (i) su derecho es anterior en el tiempo al registro de la marca “MOTOPAPI” y, pese a no estar registrado en la OEMP, se considera marca de renombre debido a su conocimiento por cerca del 40% de los consumidores del mercado, (ii) su marca y logo podrían confundirse fácilmente con la de la Sociedad por su similitud fonética y aspecto visual (apenas dos letras de diferencia) y (iii) Dña. Rosario ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España). Valore la viabilidad de las reclamaciones de Dña Rosario y si la Sociedad tendría cauces sólidos de defensa.

El artículo 2.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas¹² (en lo sucesivo, «LM») determina que el *“derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley”*. Por ello, el actual sistema de marcas español, en primera instancia, confiere el derecho de propiedad sobre una determinada marca desde el momento del *registro válidamente efectuado* en relación con determinados productos y/o servicios en virtud del principio de especialidad. Es decir, podemos afirmar que, con carácter general, aquellos signos distintivos que no hayan sido objeto de registro carecen de protección en nuestro sistema marcario. Sin embargo, como veremos más adelante, existen ciertas excepciones como, por ejemplo, las marcas no registradas notoriamente conocidas en España.

En este sentido, debemos poner en relieve la prohibición relativa que recoge el artículo 6.1 b) LM. Tal precepto impide el registro como marcas de aquellos signos que por ser idénticos o similares a una marca anterior y de aquellos que, por designar productos o servicios semejantes, pueda existir un riesgo de confusión en los consumidores o de asociación con la marca previa. La LM entiende como marca anterior aquellas que no fueron registradas pero que, en la fecha de la solicitud posterior, ya eran *“notoriamente conocidas”* en nuestro país en el sentido que

¹² BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001

describe el artículo 6 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 (en lo sucesivo, «Convenio de París»).

No obstante, dicho Convenio no tiene por objeto la definición de la marca notoriamente conocida, simplemente establece que los países de la UE se comprometen a impedir el registro y el uso de aquellas marcas que puedan causar confusión o sean una reproducción de aquellas que en nuestro país sean notoriamente conocidas. A su vez, la protección de las marcas notorias aparece recogida en el artículo 16.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio del 15 de abril de 1994. Este Acuerdo establece que la marca notoria ha de estar ampliamente extendida en el sector pertinente del público como resultado de la promoción o publicidad de dicha marca.

En relación con la LM, hemos de destacar que la protección de la que disponían las marcas renombradas en el artículo 8 previa a la reforma del 2018, varía sustancialmente. El Real Decreto-Ley núm. 23/2018, de 21 de diciembre (en lo sucesivo, «RDL 23/2018»)¹³ transpuso la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, reformando la LM. En su redacción anterior el artículo 8 LM hacía una distinción entre marca notoria (conocida por el público destinatario de los productos o servicios) y marca renombrada, aquella que el grado de conocimiento estaba extendido al público en general.

Pues bien, tras el RDL 23/2018 eliminó la distinción entre ambas categorías y únicamente mantuvo la marca renombrada. En su exposición de motivos, el RDL 23/2018 estableció que para que, en virtud de la jurisprudencia más extendida, una marca goce de renombre, ésta ha de ser conocida por “una parte significativa del público interesado en los productos o servicios”. Con esta pauta, el legislador quiso alinearse también con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TJUE»). En concreto, el TJUE en su Sentencia de 14 de septiembre de 1999¹⁴ en relación con el caso de *General Motors*, estableció que el público entre el cual la marca adquiere renombre será el que esté interesado y variará según el producto o el servicio ofertado. Es decir, para el TJUE que una marca goce de renombre o no, dependerá del conocimiento que tengan de ella los destinatarios interesados

¹³ BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018, páginas 127305 a 127379.

¹⁴ Asunto C-375/97.

en ese producto o servicio por lo que podrán ser el público en general o un público más selecto o especializado según cuál sea el objeto o la prestación que se esté comercializando.

Sin embargo, el artículo 6.2 d) LM continúa haciendo referencia al concepto de “*notoriamente conocida*” incluso para aquellas marcas no registradas como en nuestro caso, en línea con lo expuesto en el artículo 6 bis del Convenio de París. Por tanto, podemos definir la marca notoriamente conocida no registrada como aquella que cuenta con una fama y un reconocimiento entre el público interesado en los productos y/o servicios que designa, aun no estando registrada en el Estado miembro de la UE donde se solicita su protección¹⁵.

En este punto, hemos de mencionar el principio de especialidad en materia de marcas. Tal principio tiene una doble finalidad, por un lado, distinguir la marca de otra con igual o similar denominación y por otro, proteger los productos o servicios que estas marcas distinguen en el mercado. Este principio permitiría utilizar una marca idéntica o similar para designar productos o servicios completamente distintos, porque no existiría el riesgo de confusión entre los consumidores (no aplicaría el artículo 34.2 LM).

No obstante, el principio de especialidad en las marcas renombradas sufre una ruptura total ya que tales marcas son ampliamente conocidas por los destinatarios por lo que se refuerza la protección en evitar la coexistencia de marcas o signos similares a ellas y que terceros puedan beneficiarse de su prestigio, reconocimiento o fama.

En relación con el caso que ahora nos ocupa, en el sistema marcario español se da una equiparación entre los derechos que ostenta el titular de una marca renombrada no registrada (la Sra. García-Despechá) y los derechos que ostenta el titular de la marca registrada (la Sociedad). En este sentido, debemos traer a colación el artículo 34.1 y el artículo 34.7 LM en los que se recogen los derechos conferidos a ambos titulares. Según tales preceptos, la falta de registro de la marca renombrada no menoscabaría su protección y cualidad de privilegiada, sino que dicha falta de registro queda compensada con su reconocimiento por parte del público destinatario de sus productos. En otras palabras, la LM equipara el registro de una marca con aquellas que aún no han sido objeto de registro pero que gozan de un prestigio o de un reconocimiento en el mercado¹⁶. Ahora bien, como afirma Duprat¹⁷, “*El alcance del ius*

¹⁵ Duprat, P. N. (2021). Protección jurídica de la marca no registrada en la legislación española.

¹⁶ Haro Bravo, Z.V. (2019). Las Marcas Notorias y Renombradas: Conceptualización, Protección y Publicidad. Trabajo de Fin de Máster, UNIR. Pp. 43-44.

¹⁷ Duprat, P. N. (2021). Protección jurídica de la marca no registrada en la legislación española.

prohibendi del titular de la marca no registrada notoriamente conocida se limita a las marcas idénticas o semejantes que distinguen productos y servicios idénticos o similares susceptibles de crear confusión entre sus destinatarios”.

Para evitar tal equiparación, nuestra LM prevé dos procedimientos para aquel titular que considere que sus intereses se han visto minorados:

- i. **Acción de nulidad.** Existen dos tipos de nulidad: relativa y absoluta, recogidos en los artículos 51 y 52 LM, respectivamente. El primero de ellos hace referencia a cuando una marca contraviene lo dispuesto en el artículo 5 LM, por ejemplo, las que puedan inducir a error al público o el registro de un signo mediando mala fe. Mientras que el segundo hace referencia a cuando la marca incurre en las prohibiciones relativas de los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 LM. Estas acciones cuentan con un plazo de prescripción de 5 años, excepto si mediase mala fe que son imprescriptibles.

- ii. **Acción reivindicatoria.** El titular de una marca no registrada (en este supuesto, la Sra. García-Despechá) podrá ejercitar la acción que prevé el artículo 2.2 LM. Con este precepto el legislador pretende dar una salida a la equiparación de derechos que hemos puesto de manifiesto anteriormente. Esto permitiría que, si el Tribunal competente (o la OEPM a partir del RDL 23/2018) determinase que Doña Rosario ostenta un mejor derecho sobre el signo, ésta podría convertirse en la nueva titular registral de la marca “MOTOPAPI”.

Ahora bien, ambas reclamaciones exigen que los titulares de las marcas, tanto la registrada como la de renombre, hayan hecho uso real y efectivo de las mismas según los parámetros de la LM, a fin de evitar la posible caducidad del signo. Dicho uso ha de ser público, intensivo, externo y objeto de prueba por aquel titular que pretenda la nulidad o la reivindicación.

Respecto a la prueba del uso efectivo y a la nulidad por mala fe, podemos destacar la Resolución de la División de Anulación de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (en lo sucesivo, «EUIPO») 14788 C de 11 de enero de 2019 sobre la marca “*BIG MAC*”. En relación con nuestro caso, la Sra. García-Despechá debería demostrar que los productos identificados con su marca han sido realmente ofrecidos al público o comercializados en el territorio de la UE, así como la duración de su uso real y efectivo.

Por todo ello, podemos concluir que **la demanda de la Sra. García-Despechá tendría visos de prosperar**, dado que:

- i. Concurren todos los requisitos legalmente exigidos para afirmar que se trata de una marca de renombre no registrada,
- ii. No está suficientemente claro en el enunciado, pero podemos intuir que la Sra. García-Despechá se opuso dentro de los 2 meses de plazo que tiene para hacerlo,
- iii. Estamos ante una marca de renombre conocida por el 40% del público interesado,
- iv. La legislación marcaria española contempla mecanismos de protección para aquellos titulares de marcas de renombre que no han sido registradas en el sistema conforme a la LM,
- v. Se ha hecho uso del signo de manera real, efectiva, continuada en el tiempo y ha sido ofrecida al público, pudiendo ser todo ello, objeto de prueba.

1.1.3. La Sociedad tiene intención de despedir a D. Patricio Quevedo, Director General en la Sociedad en las Islas Canarias por la pérdida de cuota de mercado en esta región. Este directivo está vinculado a la Sociedad por un contrato de alta dirección que dispone que, en caso de despido, deberá ser indemnizado con 900.000 euros. Al Grupo le gustaría conocer las implicaciones de ese despido, y en particular si debe respetar esa indemnización, o por el contrario podría aplicar la indemnización por despido objetivo / improcedente, según aplique, que prevé el Estatuto de los Trabajadores, sin duda más barato, ya que D. Patricio lleva solo dos años y ocho meses trabajando para la Sociedad.

Los contratos de alta dirección aparecen regulados en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección¹⁸ (en lo sucesivo, «RD 1382/85») y en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁹ (en lo sucesivo, «ET»).

Por tanto, se trata de una relación laboral de carácter especial que difiere de las relaciones laborales ordinarias (directivos o directores comunes) y de las actividades limitadas al desempeño del cargo de consejero o miembro del órgano de administración de una sociedad (relación mercantil, artículo 1.3 c) ET). Lo que distingue este tipo de contratos son las facultades otorgadas y las funciones que realiza este personal dentro de la empresa.

¹⁸ BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985.

¹⁹ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

En este sentido, el artículo 1.2 RD 1382/85 establece que un alto directivo es aquel trabajador que ejerce poderes inherentes a la titularidad de la sociedad y que cuenta con plena autonomía y responsabilidad únicamente limitada por los órganos administración superiores de la empresa. Asimismo, destacan una serie de características en este tipo de relaciones de alta dirección como es la recíproca confianza de las partes (buena fe), ajenidad, dependencia y retribución por los servicios prestados a la entidad.

Pues bien, centrándonos en el supuesto, el empleador, en este caso, la Sociedad puede despedir unilateralmente al alto directivo (Sr. Quevedo) siempre y cuando cumpla con un plazo de preaviso de 3 meses salvo que se haya pactado un plazo superior que no puede ser superior de 6 meses²⁰ (únicamente en contratos indefinidos o de duración superior a 5 años).

Si la extinción del contrato por alta dirección es debido al desistimiento del empresario, es decir, sin causa, el alto directivo tendría derecho a las indemnizaciones que hubiesen sido pactadas en el contrato. Si no se hubiese previsto una indemnización, ésta consistiría en 7 días de salario en metálico por año de servicio con el límite máximo de 6 mensualidades²¹.

Además, el artículo 12 RD 1382/85 prevé una remisión al ET para recoger otras causas de extinción de la relación laboral especial existente. En este sentido, podemos destacar el artículo 52 c) ET (remitiéndose al artículo 51.1 ET) que dispone que la extinción del contrato se deberá causas objetivas cuando éste se fundamente en causas económicas, es decir, cuando *“de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”* y será persistente si durante 3 trimestres consecutivos el volumen de ingresos es inferior al logrado en el mismo trimestre del ejercicio anterior²².

No obstante, el alto directivo cuenta con las mismas alternativas para impugnar el despido que las que cuenta un trabajador ordinario. Por ello, debemos tener presente que si el despido del Sr. Quevedo fuese calificado como procedente (objetivo o disciplinario), el directivo no tendría derecho a readmisión ni a indemnización por despido de alta dirección, independientemente que la Sociedad haya cumplido o no su obligación de emitir un preaviso. Ahora bien, si el despido fuese declarado improcedente, las partes deben llegar a un acuerdo si procede la readmisión (sin los salarios de tramitación) o es suficiente con la indemnización. En caso de

²⁰ Artículo 11.1 RD 1382/85.

²¹ Artículo 11.1 RD 1382/85 y STS (Sala Cuarta) núm. 1139/2020, de 4 de septiembre.

²² Artículo 51.1 ET

no ser capaces de alcanzar un acuerdo, la indemnización por el despido improcedente será la recogida en el contrato o, en su defecto, 20 días de salario en metálico por año de servicio con el límite de 12 mensualidades²³.

Por último, es muy interesante, para el supuesto que nos ocupa, traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1509/2009, de 24 de febrero, sobre la imposibilidad de pactar indemnizaciones netas en el contrato. Según nuestro Alto Tribunal, en virtud del artículo 26.4 ET, el pacto que establece el abono de una indemnización neta “*en cuanto que con el mismo se descargan en la empresa las obligaciones tributarias del alto directivo, instituye una medida contraria al ordenamiento y, por ello, constituye un acuerdo nulo de pleno derecho, carente de eficacia y validez a los efectos pretendidos*”²⁴.

En definitiva, las implicaciones del despido del alto directivo, el Sr. Quevedo, dependerán de cómo sea calificado éste por los tribunales si fuese impugnado. Como ya hemos puesto de manifiesto, si estuviésemos ante un despido procedente, la Sociedad no tendría que abonar ningún tipo de indemnización porque el despido respondería a causas objetivas o disciplinarias previamente pactadas en el contrato de alta dirección. Ahora bien, si fuese declarado como improcedente, la Sociedad debería hacer frente a la indemnización pactada o la prevista en el artículo 11.2 RD 1382/85. No obstante, considero que podría tener visos de prosperar el argumento esgrimido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de febrero de 2009 en el que impide que se puedan pactar indemnizaciones netas en cuanto atribuyan a la Sociedad el pago de una carga fiscal correspondiente al alto directivo ya que, según el enunciado, habían pactado una indemnización por extinción en su importe bruto.

1.1.4. Valore, en relación con las tres contingencias anteriores, cuáles serían los mecanismos contractuales de protección más efectivos para incluir en el contrato de compraventa de participaciones que está negociando el Grupo con los vendedores de la Sociedad.

Existen mecanismos específicos que buscan minimizar los riesgos y las responsabilidades cuando se pretende formalizar un acuerdo. En este sentido, debemos destacar las conocidas como *reps & warranties*, las *indemnities* y las cláusulas *MAC* (“*Material Adverse Change*”).

²³ Artículo 11.2 RD 1382/85 y STS (Sala Cuarta) núm. 1494/2013, de 11 de marzo.

²⁴ STS núm. 1509/2009, de 24 de febrero. Núm. De recurso: 900/2008.

Tales mecanismos se deberían concretar después de haber llevado a cabo una pormenorizada *Due Diligence*.

En primer lugar, las R&W podemos definir las como “*cláusulas contractuales redactadas al amparo de la autonomía de la voluntad del comprador y vendedor en virtud del artículo 1255 CC, con el fin de establecer un régimen específico de responsabilidad más allá de las propias acciones que regula nuestro CC*”²⁵, incluso podríamos llegar a ver estas cláusulas como una extensión de la responsabilidad por vicios ocultos del artículo 1484 del Código Civil²⁶ (en lo sucesivo, «CC»).

En los contratos de compraventa de empresas o SPA, como el que nos ocupa, las partes llevan a cabo una serie de manifestaciones y promesas sobre su situación en busca de crear una imagen veraz de cara a la operación pretendida. Sin embargo, el comprador (generalmente) suele incluir una serie de garantías contractuales que le protejan para el supuesto en el que se dé un incumplimiento por la otra parte²⁷. Por ello, muchos autores consideran que la importancia de tales cláusulas recae en facilitar lo máximo posible el negocio jurídico.

Como afirma Rouco Pernas, el seguro de R&W está configurado como un seguro de daños previsto en los artículos 25 y ss. de Ley 50/1980 de 8 de octubre, siendo igualmente de aplicación las disposiciones generales contenidas en los artículos 1 a 24 del mismo texto legal²⁸.

Pues bien, en nuestro caso, podría ser interesante incluir ciertas R&W que aboguen por disponer de cierta cobertura adicional para el caso de que la Sociedad no hubiese cubierto determinados riesgos como los especificados en las cuestiones previas o definido una estructura para limitar la responsabilidad de nuestro cliente. En este sentido, **deberíamos incluir una cláusula de R&W acerca de la realidad o la situación contable, fiscal, laboral, penal y de Seguridad Social de la Sociedad con un régimen de responsabilidad** de tales cláusulas. Además, dado que dichas cláusulas suelen estar acotadas por un período determinado, propondríamos un límite temporal de 24 meses (para englobar tanto la prescripción administrativa como la penal), o bien, por un periodo igual al de su prescripción legal.

Por otro lado, puesto que la *Due Diligence* ha identificado una serie de contingencias, sería muy recomendable incluir en el contrato de la SPA ciertas *Indemnities*. Las *Indemnities* se

²⁵ Rouco Pernas, D. (2018). El seguro de Reps & Warranties. *Economist & jurist*, pp. 42-49.

²⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

²⁷ STS, Sala primera, núm. 1059/2008, de 20 de noviembre.

²⁸ Rouco Pernas, D. (2018). El seguro de Reps & Warranties. *Economist & jurist*, pp. 42-49.

refieren a aquellos mecanismos de resarcimiento y de mitigación para ciertos riesgos que han sido identificados, son conocidos o que simplemente son inherentes a la operación mercantil en caso de que se materialicen. Dichas cláusulas buscan establecer y distribuir los riesgos del negocio mercantil que se encuentran fuera de la esfera de responsabilidad del comprador.

En el presente supuesto, consideramos que sería indispensable **incluir *Indemnities* en el contrato de compraventa de las participaciones sobre las tres contingencias que hemos desarrollado previamente** para reducir los riesgos y las consecuencias de que éstas lleguen a materializarse. Es decir, estableceríamos una *Indemnitie* que afirme que, en caso de que dichas contingencias se materialicen, PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. tendría que hacerse cargo del importe total del daño (principal, multa y recargos) de forma inmediata tras la firmeza de la resolución correspondiente.

Asimismo, apostamos por definir un procedimiento específico de reclamación como puede ser acudir al arbitraje, en caso de que alguna de las contingencias finalmente se materializara.

Por último, debido a que hemos puesto de manifiesto de que existen varias contingencias y de que la fiscal puede, incluso, desembocar en un delito fiscal que podría tener una pena asociada de disolución de la Sociedad, suspensión de las actividades o prohibición de realizar actividades, entre otras, incluiría una cláusula *MAC* en el contrato.

Lo que se busca con tales cláusulas es cubrir a las diferentes partes de un contrato frente al riesgo de que surja una alteración sustancial desfavorable que tenga el potencial de obstruir el propósito del contrato o privarle de sentido. En otras palabras, mediante una cláusula *MAC*, se establece que la ejecución de una operación o transacción específica está sujeta a la no ocurrencia de ciertos eventos o circunstancias adversas, significativas y sobrevenidas, que impliquen un cambio sustancial con respecto a la situación existente en el momento en que se formalizó el contrato. La cláusula *MAC* que incluiría recogería el compromiso de la Sociedad adquirida a que, desde el momento que se realizó la *Due Diligence*, no se ha producido ningún cambio adverso relevante en la misma o en sus filiales que afecten al negocio, operaciones, ganancias, activos y pasivos, valor de las participaciones, etc.

1.2 PARTE 2

El asesoramiento proporcionado por su despacho permite la adquisición con éxito del 51% de las participaciones de la Sociedad por parte del Grupo.

La Sociedad contacta con su despacho para que le asesore en torno a ciertas cuestiones complejas que se deberán acordar en las próximas reuniones de la junta general de accionistas y del consejo de administración de la Sociedad:

1.2.1 En la próxima junta general de socios de la Sociedad, se quiere aprobar la distribución como dividendo del mayor porcentaje posible de los beneficios obtenidos en el ejercicio societario finalizado el 31 de diciembre de 2022, pero siempre condicionado a la estabilidad financiera de la Sociedad, desde un punto de vista legal. Teniendo en cuenta la siguiente estructura financiera, proponga los pasos a seguir para repartir la mayor cantidad posible de dividendos cumpliendo los requisitos legales. Se asume que la Sociedad cuenta con caja suficiente para el pago de los dividendos:

PASIVO Y PATRIMONIO NETO		(Millones €)
Capital Social	50	
Reserva legal y estatutaria	30	
Reserva voluntaria	10	
Reservas de revalorización	5	
Otras aportaciones de socios (cuenta 118 PGC)	20	
Pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores	-130	
Beneficio del último ejercicio	5	
Préstamos participativos con sociedades del Grupo	70	
TOTAL PASIVO + PATRIMONIO NETO	90	

Los dividendos son la parte del beneficio social que, en lugar de acumularse en la sociedad como reservas, se reparte a los titulares del capital social de la compañía en proporción a la participación de cada uno. Es decir, estamos ante un retorno económico de la inversión previamente realizada en el capital social de la empresa por parte de los socios o accionistas.

Pues bien, dicho reparto de los dividendos está regulado en los artículos 273 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital²⁹ (en lo sucesivo, «LSC»). Concretamente, el artículo 273 LSC establece que *“sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social”*.

Asimismo, tales artículos recogen una serie de requisitos necesarios para poder llevar a cabo el reparto de dividendos que podemos resumir de la siguiente manera:

- **Tener cubierta su reserva legal.** La reserva legal corresponde al 20% del capital social, en este caso sería 10 millones de euros.
- **Compensar previamente las pérdidas de los ejercicios anteriores** que, como podemos apreciar, corresponde a 130 millones de euros.
- **No estar en desequilibrio patrimonial.** Esta situación se produce cuando el patrimonio de una sociedad se encuentra por debajo de su capital social.
- Además, si existiesen en la Sociedad **gastos de investigación y desarrollo** en el balance, el importe de las reservas disponibles ha de ser, como mínimo, equivalente a los gastos por dicho concepto.

Por otro lado, debemos prestar atención a las **reservas de revalorización**. Se trata de una cuenta que recoge las revalorizaciones o aumentos de valor de los activos de la sociedad como resultado de una actualización del balance. El artículo 273.2 LSC, al referirse al *“valor del patrimonio neto”*, excluye la posibilidad de incluir la revalorización de aquellos activos que figuren en el balance por un valor por debajo del valor de mercado, a fin de reflejar un superávit que posibilite el reparto de dividendos.

En la misma línea, el artículo 5.9 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y fomento y liberalización de la actividad económica³⁰ (en lo

²⁹ BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

³⁰ BOE núm. 139, de 8 de junio de 1996.

sucesivo, «**RDL 7/1996**»), determina que “*el saldo de la cuenta Reserva de revalorización (...) será indisponible hasta que sea comprobado y aceptado por la Administración tributaria. Dicha comprobación deberá realizarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de cierre del balance en el que consten las operaciones de actualización, en la forma que reglamentariamente se determine. Una vez efectuada la comprobación o transcurrido el plazo para realizar la misma, el saldo de la cuenta podrá destinarse a la eliminación de resultados contables negativos, a la ampliación del capital social o, transcurridos diez años contados a partir de la fecha de cierre del balance en el que se reflejaron las operaciones de actualización, a reservas de libre disposición*”.

Es decir, en este caso, la Sociedad **no podría repartir los 5 millones de reservas de revalorización** con cargo a dicho incremento de valor. Para ello, tendría que exhibir las plusvalías latentes revalorizando dichos activos de su balance y que éstas hubiesen sido objeto de comprobación y aceptación por la Administración tributaria.

Respecto a las **aportaciones de los socios por valor de 20 millones** en la cuenta 118 del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (en lo sucesivo, «**PGC**»)³¹, debemos poner en relieve una serie de aspectos para conocer si tal cantidad pudiera ser objeto de reparto entre los socios.

El PGC recoge en su cuenta 118 aquellos elementos de naturaleza patrimonial que han sido entregados por los socios a la entidad siempre y cuando tales aportaciones no constituyan contraprestación alguna de servicios realizados por la propia empresa. Concretamente, el PGC define tales aportaciones como:

“Elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas

A lo que interesa a la presente respuesta, cabría plantearse si pudiese ser posible la devolución de dichas aportaciones como consecuencia de un reparto de dividendos. En este sentido, hemos de traer a colación la consulta vinculante de V1978-16, de 09 de mayo de 2016 de la

³¹ BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas jurídicas. En dicha consulta se establece que:

“Por lo que respecta a la distribución que se realice a los socios de la cuenta correspondiente a aportaciones de socios o propietarios, en que se ha materializado la aportación realizada por éstos; la entrega de dicha cantidad a los socios corresponderá al derecho abstracto a la distribución de reservas (procedentes de beneficios o de aportaciones de socios) acordada en los términos y con los requisitos establecidos para ello en la normativa mercantil, que corresponde a cada socio por el hecho de serlo (y por tanto, con independencia de que hubiera o no aportado en su día los fondos correspondientes a las reservas a repartir).

*Bajo dicha consideración, **la distribución de reservas correspondiente a aportaciones de socios, debe tener el tratamiento establecido para el reparto de la prima de emisión, dada su misma naturaleza.**”*

Por otro lado, la Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V1887-15 de 15 de junio de 2015 determina admisible la devolución de tales aportaciones:

*“La posterior devolución de dichas aportaciones **no constituye hecho imponible de la referida modalidad pues, al no suponer disminución del capital social de la entidad, no está contemplado en el artículo 19.1 del citado cuerpo legal**”.*

Asimismo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, núm. 429/2017, de 17 de octubre³² estableció que las aportaciones a la cuenta 118 del PGC **no constituyen un pasivo que haya que ser devuelto por definición**, a pesar de que exista tal posibilidad³³.

Por tanto, dado que la naturaleza contable y el tratamiento de dichas aportaciones es equivalente al de la prima de emisión, debemos cuestionarnos si es posible el reparto de la prima de emisión. Sobre tal extremo, se ha pronunciado la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en lo sucesivo, «ICAC»), por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos

³² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, sec. 1ª, núm. 429/2017, de 17 de octubre. Núm. de recurso 262/2015.

³³ Vidal Vela, D. (2021). Una aproximación jurídica a la figura contable «aportaciones de socios o propietarios» de la cuenta 118 del Plan General Contable. La Ley Mercantil, nº 80, Ed. Wolters Kluwer.

contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital³⁴, de la siguiente manera:

*“La prima de emisión de acciones o asunción de participaciones, al igual que las aportaciones de los socios reguladas en el artículo 9 de la resolución, desde un punto de vista contable son patrimonio aportado y no renta generada por la sociedad, a diferencia de otras reservas procedentes de beneficios, pero el estatuto mercantil de estas partidas es el que rige para las ganancias acumuladas. Es decir, **podrán ser objeto de distribución o reparto entre los socios previo cumplimiento de las restricciones establecidas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital para la aplicación del resultado o las reservas de libre disposición.***

(...) La prima de emisión y la prima de asunción constituyen patrimonio aportado que puede ser objeto de recuperación por los socios, en los mismos términos que las reservas de libre disposición y las aportaciones de los socios reguladas en el artículo 9”.

Asimismo, en el artículo 9.5 de la mencionada Resolución confirma que:

5. Las aportaciones de los socios reguladas en este artículo constituyen beneficios distribuibles, igual que la prima de emisión o la prima de asunción.

Por tanto, dado que las aportaciones efectuadas por los socios de la Sociedad son asimilables al tratamiento legal de la prima de emisión o asunción y que ésta ostenta el carácter de reserva disponible, podrían ser objeto de distribución en un posible reparto de dividendos. Es decir, en virtud de lo anteriormente expuesto, es posible el reintegro de las aportaciones de los socios realizadas en la cuenta 118 PGC siempre y cuando tal reembolso se lleve a cabo respetando lo recogido en los artículos 273 y 275 LSC³⁵.

En relación con los **préstamos participativos** con sociedades del grupo, se pueden definir como aquellos préstamos en los que el prestamista-financiador no solo recibe una remuneración estándar en forma de intereses, sino que también obtiene una compensación vinculada a las ganancias generadas por el prestatario-financiado. Es decir, la sociedad

³⁴ BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2019.

³⁵ EJASO. (2021). Reparto de dividendos con cargo a la cuenta 118. <https://ejaso.com/conocimiento/reparto-de-dividendos-con-cargo-a-la-cuenta-118>

prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, cuyo criterio podrá estar basado en distintas variables.

Pues bien, dado que el artículo 20.1 d) del RD-Ley 7/1996 considera a los préstamos participativos, como patrimonio neto a los “*efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades*”, que las retribuciones derivadas de aquellos reciben *ex lege* el tratamiento fiscal propio de los repartos de dividendos (art. 15 a) LIS) y que una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 2019³⁶ los ha considerado como **parte del patrimonio neto** en supuestos transformación de sociedad por reducción de capital; en este caso, consideramos que tendrían la consideración de patrimonio neto de la Sociedad y, por tanto, distribuibles entre los socios.

Por ello, en virtud de todo lo comentado anteriormente, a priori, creemos que **la Sociedad no cumpliría con los requisitos legales para poder ejecutar el reparto de dividendos** ya que, previamente, habría que compensar las pérdidas de los ejercicios anteriores.

No obstante, consideramos que **existirían, al menos, dos posibilidades para que la Sociedad pudiese ejecutar una distribución de dividendos** a pesar de las pérdidas acumuladas en otros ejercicios.

En este sentido, en lo primero que debemos fijarnos es en la cuantiosa cifra del Capital Social del que dispone la Sociedad (50 millones) a pesar de tratarse de una Sociedad Limitada. Pues bien, el artículo 317 LSC recoge las modalidades de la reducción del capital social, estableciendo que tal reducción puede llevarse a cabo para lograr el restablecimiento del “*equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas*”.

En este caso, la Sociedad ha ido acumulando pérdidas continuas que han provocado un claro efecto descapitalizador sobre su patrimonio, por lo que estaría justificada dicha reducción de capital. Para acordarla, es necesario un acuerdo en junta general (Art. 318 LSC) con los requisitos de la modificación de estatutos, y en el que se expresará, como mínimo:

- La cifra de reducción del capital
- La finalidad de la reducción
- El procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo

³⁶ BOE núm. 170, de 17 de julio de 2019, páginas 77031 a 77036.

- El plazo de ejecución

Tal reducción deberá afectar por igual todos los socios de la Sociedad en proporción a las participaciones que tengan en titularidad.

En el presente supuesto, para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la Sociedad, **deberíamos acordar una reducción del capital social de 25 millones de euros.**

Por otro lado, reducido el capital social y compensadas las pérdidas de otros años, debemos prestar atención al montante de reserva legal y estatutaria del que dispone la Sociedad, 30 millones de euros. En este sentido, el artículo 326 LSC establece que para que sea admisible el reparto de dividendos una vez ejecutada una reducción de capital, será necesario que la reserva legal constituya, al menos, el 10% del nuevo capital social.

Volviendo al caso ahora analizado, suponiendo que hubiésemos acordado una reducción del capital social de la Sociedad a la mitad, la reserva legal, como mínimo, debería consistir en 2,5 millones de euros (10% de 25 millones del nuevo capital social). Por tanto, dado que disponemos de 30 millones de euros como reserva legal, **podríamos considerar la diferencia (27,5 millones) como reserva voluntaria y repartir esa cantidad proporcionalmente entre los socios.**

A raíz de la consulta del ICAC, de 30 de septiembre de 2014, otra alternativa para repartir dividendos que se nos ocurre consistiría en, primero, debido a que ya se cumple ampliamente la reserva legal del 20% del capital social establecida en el artículo 4 LSC (10 millones), podríamos destinar el monto restante (20 millones) a compensar pérdidas, máxime cuando es obligatorio destinarlos a compensar dichas pérdidas si éstas hacen que el valor del patrimonio neto de la sociedad sea inferior a la cifra de capital social.

Las pérdidas acumuladas corresponden a 130 millones por lo que, en virtud de todo lo expuesto anteriormente, daría **un resultado positivo de 5 millones que podría ser objeto de reparto entre los socios de la Sociedad incluso sin tener que esperar a la aprobación de las cuentas anuales.**

Asimismo, dado que Producciones Gasolina, S.L. cumple ampliamente con el mínimo legal de capital social establecido para las sociedades de responsabilidad limitada (3.000 euros), los socios podrían acordar en junta general reducir capital social hasta el mínimo legal y repartir la cantidad restante. Sin embargo, **no creemos que sea la opción idónea para lograr el objetivo de reparto de dividendos porque, en este caso, los socios responderán**

solidariamente con la sociedad durante los siguientes 5 años tras la reducción de capital (art. 331 LSC).

1.2.2 Uno de los socios minoritarios de la Sociedad, especialmente conflictivo y enfrentado a la dirección de la Sociedad en los últimos meses, Don Omar, con una participación del 25% del capital social, ha utilizado sus derechos políticos para complementar el orden del día incluyendo la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad.

Alega que, dado que el Consejo de Administración está compuesto por cinco administradores, Don Omar tiene una participación suficiente para poder exigir este nombramiento. De lo contrario, ha advertido que impugnará un eventual acuerdo negativo de la junta de socios y que interpondrá acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración por los daños causados por infracción del deber de lealtad.

La legislación ha reservado el derecho al complemento de convocatoria únicamente a las sociedades anónimas (artículos 172, 494 y 519 LSC). Por ello, en el presente caso debemos suponer que, si el socio Don Omar ha complementado el orden del día incluyendo la propuesta de nombramiento, es porque ha solicitado la celebración de la Junta mediante requerimiento notarial o judicial ya que es la única posibilidad de incluir puntos en el orden del día en el caso de las sociedades limitadas.

En el presente supuesto, del enunciado de la cuestión podemos inferir que tal posibilidad de complementar el orden del día en una SL fue ejercida por el socio Don Omar **siguiendo los trámites legales oportunos** y que **está legitimado para tal solicitud porque es titular del 25% del capital social** de la Sociedad (artículo 168 LSC).

Sin embargo, no queda claro en el enunciado si, por un lado, se está intentando cambiar la estructura del órgano de administración de la Sociedad nombrando a 6 administradores o, por otro lado, simplemente está pretendiendo ejercitar su derecho de elección de un administrador nuevo dentro del Consejo.

i. Si estuviésemos ante una propuesta de cambio en la estructura del órgano de administración, implicaría, necesariamente, un cambio en los estatutos sociales. En este sentido, para que

las propuestas modificativas de los estatutos en una SL tengan validez, deben haber figurado descritas en el anuncio de convocatoria de la junta general, exponiendo todos los extremos de la propuesta y haciendo constar el derecho de los socios a analizar el texto íntegro de la proposición de la modificación en el domicilio social³⁷ (art. 287 LSC).

En ese caso, el acuerdo de modificación estatutaria ha de ser adoptado por la Junta General y cumpliendo con las exigencias legales recogidas en los artículos 288 y 199 LSC. Es decir, **para adoptar una modificación de los estatutos sociales de la Sociedad se necesita el acuerdo favorable de más de la mitad de los votos** correspondientes a las participaciones en las que se divide el capital social. Por ello, en este caso, para adoptar dicho acuerdo, **Don Omar necesitaría el apoyo de otros socios que reúnan, al menos, más del 25% del capital social.**

- ii. Por otro lado, si entendiésemos que lo que está solicitando es la designación y nombramiento de un nuevo administrador, sin alterar la estructura del consejo de administración definida en los estatutos sociales, debemos acudir a lo recogido en el artículo 243 LSC.

Dicho artículo prevé lo conocido como el **sistema de representación proporcional**. Este sistema supone la posibilidad de que los socios de una SL, cuyo órgano de gobierno consista en un consejo de administración, se puedan agrupar *“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”* para poder tener derecho a designar los administradores que se deduzcan de tal proporción. Constituye, por tanto, **una excepción al principio de competencia exclusiva de la Junta General** para el nombramiento de administradores.

Este mecanismo de designación de consejeros no estaba inicialmente previsto para las Sociedades Limitadas. Sin embargo, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en lo sucesivo, «DGSJFP») en su reciente resolución de 28 de marzo de 2022 ha admitido la inscripción de una cláusula estatutaria relativa al sistema de representación proporcional en el consejo de administración de una S.L.³⁸. Esta resolución es concordante con la jurisprudencia sobre las cláusulas estatutarias que incluyen este sistema de elección

³⁷ González Fernández, M. B. (dir.), Márquez Lobillo, P., Otero Cobos, M. T. (Coord.). (2023). Los acuerdos sociales. Tirant Lo Blanch (Valencia).

³⁸ BOE Núm. 93, de 19 de abril de 2022, páginas 53437 a 53447.

de los consejeros en sociedades de responsabilidad limitada, pero, en consecuencia, vacía de contenido lo recogido en el artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil³⁹.

En este caso, dado que el Consejo de Administración de la Sociedad está compuesto por 5 miembros, al dividir el 100% de su capital social entre dichos 5 consejeros, se establece que aquellos socios individuales o agrupación de ellos que sean titulares del 20%, podrán designar a uno de sus integrantes. Por ello, **Don Omar al detentar el 25% del capital social de la Sociedad tiene derecho a designar a D. Lewis García como administrador.** Ahora bien, no podrá intervenir en la votación de los 4 restantes componentes del consejo (Art. 243.2 LSC).

Para evitarlo, dado que la jurisprudencia no ha dispuesto de límites a las competencias de la junta para cambiar el órgano de administración, más que los generales en el ejercicio de los derechos por la mayoría, la Sociedad podría acabar con ese derecho de Don Omar **reduciendo el número de consejeros de 5 a 3.** En este sentido, la Sociedad debería poner de manifiesto que concurre **una justa causa** para esa modificación del órgano de administración porque, de lo contrario, podría ser anulada por abusiva si se demostrase que la reducción de consejeros únicamente obedecía a la intención de expulsar del Consejo al escogido por el minoritario.

Por último, debemos poner en relieve las consecuencias de que no se le reconociese su derecho de representación proporcional. El artículo 204 LSC dispone que son impugnables todos aquellos acuerdos sociales **contrarios a la ley o que lesionen el interés social.** Por ello, en línea con lo manifestado en el párrafo previo, se lesionaría el interés social y la ley cuando se adopten acuerdos que se hayan impuesto de forma abusiva por la mayoría sin que éstos respondan a una razón fundada a favor de la Sociedad (STS 9/2023, de 11 de enero de 2023).

1.2.3 Además, Don Omar ha solicitado al Consejo de Administración información muy detallada sobre las ventas de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023. Los miembros del Consejo de Administración consideran que esta información podría serle denegada al no ser relevante para que ejerza sus derechos, teniendo

³⁹ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996.

en cuenta que Don Omar realiza este tipo de peticiones de forma frecuente con el objetivo de obstaculizar el trabajo del consejo con tareas irrelevantes y monótonas. ¿Podrían denegarle la información solicitada a Don Omar o, en caso contrario, cuáles serían los plazos y forma para aportar tal información?

Uno de los derechos políticos de los socios de una sociedad es el derecho de información acerca de los asuntos previamente incluidos en el orden del día de la Junta (art. 93 LSC). Por ello, el derecho de información que ostentan los socios está íntimamente unido al derecho político por antonomasia, el derecho de voto, aunque son derechos independientes. Es un derecho, mínimo, inderogable e irrenunciable, que no puede ser restringido en los estatutos sociales.

Concretamente, el derecho de información de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada se regula en el artículo 196 LSC, estableciendo que las solicitudes de información deberán versar sobre asuntos que estén incorporados al orden del día de la junta y podrán emitirse antes y/o durante la celebración de la misma.

En cualquier caso, el derecho de información que ostentan los socios no es absoluto y puede ser objeto de limitación, como el resto de los derechos. En este sentido, el artículo 196.2 LSC prevé una prohibición explícita dado que no permite la publicidad de la información solicitada por el socio pueda lesionar el interés social⁴⁰. Asimismo, este derecho de información también cuenta con el límite general común al resto de derechos como es el de abuso de derecho, aunque la jurisprudencia no considera abusiva *per se* la solicitud de información únicamente teniendo en cuenta el volumen de la información requerida y/o el grado de detalle (STS núm. 204/2011, de 21 de marzo⁴¹).

No obstante, el apartado 3 del artículo 196 recoge la imposibilidad de negarse por parte del órgano de administración en el supuesto de que el socio o los socios solicitantes de información ostenten al menos el 25% del capital social de la sociedad. En tales ocasiones, se ha entendido que dicho precepto legal hace referencia a aquellas solicitudes de información que sean abusivas o que lleven aparejadas el incumplimiento del deber de secreto de los administradores⁴².

⁴⁰ STS (Civil) núm. 310/2021, de 13 de mayo.

⁴¹ En el mismo sentido, STS núm. 194/2007, de 22 de febrero y STS núm. 531/2013, de 19 de septiembre.

⁴² González Fernández, M. B. (dir.), Márquez Lobillo, P., Otero Cobos, M. T. (Coord.). (2023). Los acuerdos sociales. Tirant Lo Blanch (Valencia).

En el presente supuesto, no se especifica debidamente en el enunciado de la pregunta, pero, dado que Don Omar está solicitando información sobre unas ventas de discos correspondientes al ejercicio actual, y que, por lo tanto, podrían estar relacionadas con la aprobación de las cuentas anuales en la Junta General y que ostenta el 25%, **el Consejo de Administración no podría denegarle esa información.** El órgano de administración de la Sociedad **quedaría obligado a suministrarle la información solicitada** *“en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la solicitud”* (art. 196.2 LSC).

1.3 PARTE 3

Meses después de la adquisición de la Sociedad por parte del Grupo, los resultados de la Sociedad permiten a la Sociedad emprender la expansión en el resto de España. Contactan una vez más a su despacho para informarles sobre las dos decisiones estratégicas que pretenden implantar:

1.3.1 Se ha identificado a una de las filiales de la Sociedad, Summer Sound, S.L.U., cuyo objeto social es la organización de festivales, como uno de los focos principales de pérdidas, puesto que los resultados de esta línea de negocio no dan el fruto esperado desde hace varios años. Sin embargo, una de las subfiliales controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U., la sociedad Summer Sound Barcelona, S.L.U. sí que presenta resultados positivos y unas altas cifras de ventas. La Sociedad nos pregunta para que le prestemos asesoramiento sobre (i) las distintas alternativas para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad y (ii) pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.

- (i) Sobre la primera cuestión que plantean los clientes, podemos determinar que existen, al menos, cuatro alternativas posibles que a continuación desarrollaremos para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. pase a estar controlada al 100% por la Sociedad:

1. La primera opción que se podría plantear sería la **dobles fusión simplificada** de Summer Sound Barcelona, S.L.U, primero por Summer Sound, S.L.U. y, seguidamente, por la Sociedad.

Hemos de mencionar que, del supuesto de hecho, podemos inferir que la Sociedad es titular del 100% de las participaciones de Summer Sound, S.L.U. ya que se trata de una sociedad con un único socio, como demuestran sus siglas.

Para esta alternativa debemos prestar especial atención al artículo 53.1 del reciente Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; **de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (...)** (en lo sucesivo, «**RDL 5/2023**»)⁴³, que recoge un procedimiento simplificado de absorción de una filial participada al cien por cien por la sociedad absorbente.

En este sentido, este tipo de operaciones societarias se denominan “**fusiones impropias directas**”, ya que la mercantil absorbente es titular de forma directa, de todas las participaciones de la sociedad absorbida. Se trata de una operación simplificada porque, en este caso, el RDL 5/2023 exonera la obligación de incluir en el proyecto de fusión:

- El tipo de canje de las participaciones (dado que no hay aumento de capital).
- Las modalidades de entrega de las participaciones de la mercantil resultante.
- La fecha a partir de la cual los nuevos socios tendrán derecho a participar en las ganancias de la sociedad resultante.
- La información sobre la valoración del activo o del pasivo del patrimonio que cada entidad transmite a la resultante.
- Fechas de las cuentas anuales tomadas en consideración.

Además, la operación puede ejecutarse sin que dichas fusiones sean objeto de aprobación en la juntas generales de las sociedades absorbidas porque se entiende que, al estar 100% participadas, sus voluntades se ponen de manifiesto con el acuerdo social de la absorbente. Incluso puede no ser necesario tampoco el acuerdo en Junta General de la sociedad absorbente si se dan los requisitos recogidos en el artículo 54 RDL 5/2023. Esto supone

⁴³ BOE Núm. 154, de 29 de junio de 2023, páginas 90565 a 90788.

atribuir la competencia de dichas modificaciones estructurales al órgano de administración de cada entidad⁴⁴.

Asimismo, tampoco es necesario que consten “*los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión*” ni el correspondiente aumento de capital de la absorbente.

No es necesario llevar a cabo un aumento de capital social en la entidad absorbente porque supondría la asunción de participaciones vacías. Decimos vacías porque al absorber a una entidad directamente participada no se estaría ante un desembolso real de la absorbente, sino que se tratarían de activos que ya figuraban en el balance de Summer Sound, S.L.U. y de la Sociedad.

No obstante, en el caso que ahora nos ocupa, al ser las absorbentes titulares del 100% de las participaciones de las sociedades absorbidas, también podrían aplicarse las particularidades recogidas en el artículo 9 del RDL 5/2023.

Por tanto, y en virtud del mencionado precepto, en caso de que en las sociedades absorbentes la fusión se aprobase con acuerdo unánime, al no exigirse aprobación en junta general de las absorbidas, podría simplificarse aún más las operaciones porque no sería necesaria la publicación o depósito de los documentos exigidos por la ley.

Sin embargo, dado que en el enunciado de la presente cuestión se afirma que los clientes buscan que Summer Sound Barcelona, S.L.U deje de estar participada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a ser titularidad de la Sociedad, consideramos que **esta no sería la opción que más se ajustaría a sus necesidades**. Únicamente pretenden que la subfilial pase a ser controlada por Producciones Gasolina, S.L.

2. En la misma línea que el ordinal anterior, la segunda alternativa versaría sobre la posibilidad de llevar a cabo **una fusión simplificada** de Summer Sound Barcelona, S.L.U por Summer Sound, S.L.U. y, posteriormente, **disolver y liquidar Summer Sound, S.L.U.** para que sus activos queden en titularidad de la Sociedad que es su único socio.

En esta alternativa, deberíamos llevar a cabo dos tipos de operaciones societarias. Por un lado, al igual que lo comentado previamente, ejecutaríamos una fusión simplificada (art. 53 del RDL 5/2023) por parte de Summer Sound, S.L.U. que posee el 100% de la

⁴⁴ Juste Mencía, J. (2009). Estrategias operativas para las fusiones simplificadas (arts. 49 y 52 LME). & Análisis. Gómez-Acebo & Pombo. pp. 1-4.

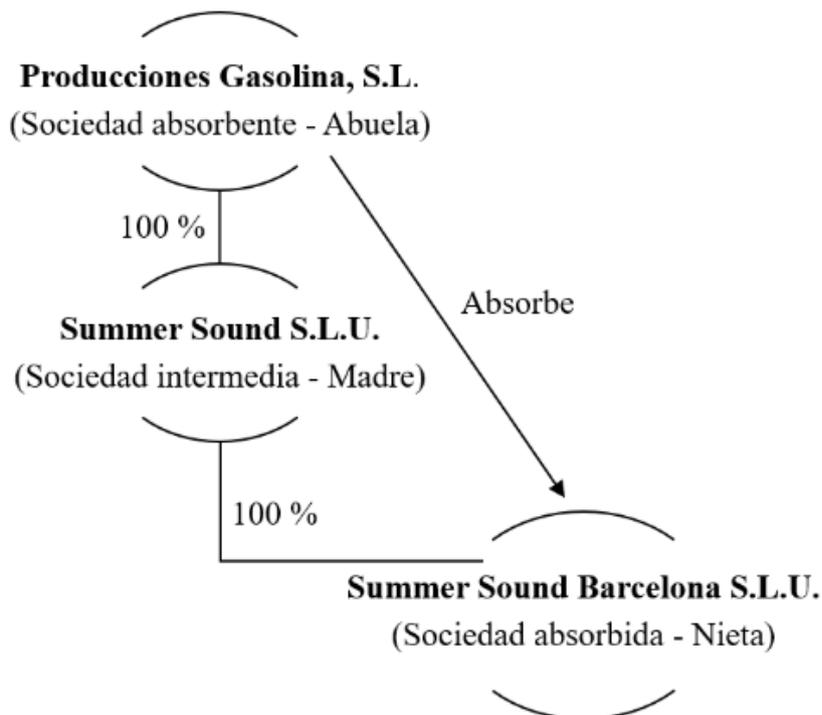
participación de su filial. Una vez finalizada tal absorción, propondríamos la disolución y la correspondiente liquidación de dicha sociedad, Summer Sound, S.L.U., para que, tras el reparto del patrimonio social, la Sociedad pase a ostentar la titularidad de Summer Sound Barcelona, S.L.U.

De nuevo, creemos que esta **no sería la opción más recomendable para los clientes** debido a que solo buscan que la Sociedad controle al 100% su subfilial y que ésta deje de estar íntegramente participada por Summer Sound, S.L.U.

3. Una tercera opción consistiría en la fusión por absorción de Summer Sound Barcelona, S.L.U participada al 100% de forma indirecta por la Sociedad.

En esta ocasión, estaríamos ante una operación mercantil conocida como “absorción de sociedad íntegra e indirectamente participada”, “absorción de subfilial” o “absorción por la sociedad abuela de la sociedad nieta”.

Se trata de un tipo de las llamadas “fusiones especiales” que están reguladas en la Sección 7ª del Título II del RDL 5/2023, concretamente en el artículo 53.2 y consiste en que la mercantil absorbente, abuela o matriz, absorbe a una filial (nieta) que está participada al 100% pero de forma indirecta. Es decir, en el presente caso, Producciones Gasolina, S.L. absorbería una filial de Summer Sound, S.L.U. de la que es titular del 100% (como ya explicábamos al inicio de esta cuestión) sin que ésta participe en la operación. Tendría el siguiente esquema:



Una de las principales características de este tipo de operaciones es que, de conformidad con lo esgrimido en el artículo 53.2 RDL 5/2023, se exige “*siempre*” informe de expertos sobre el proyecto de fusión. Llama la atención este requerimiento ya que en el régimen general únicamente es necesario cuando alguna de las sociedades intervinientes “*en la fusión sea anónima o comanditaria por acciones*” (Art. 41 RDL 5/2023), máxime cuando estamos ante un procedimiento supuestamente simplificado.

Además, tal informe estará dividido en dos partes:

- La primera parte deberá versar sobre los mecanismos manejados por los administradores para determinar el tipo de canje de las participaciones de los socios de la sociedad que se extingue.
- Y la segunda, contendrá la opinión acerca de si el patrimonio social de las empresas que se extinguen “*es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente*” (Art. 41 RDL 5/2023).

Por tanto, podemos constatar que no existe un criterio unánime sobre la necesidad, los destinatarios y el objeto de dicho informe de experto ya que, como decíamos anteriormente, si no hay aumento de capital en las fusiones simplificadas, se desconoce sobre qué deberá versar el informe que, a priori, es preceptivo.

Sobre este último extremo, el RDL 5/2023 establece que será “*exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente*”. Esta afirmación, igualmente, llama poderosamente la atención ya que, como hemos señalado en el ordinal primero de esta cuestión, en este tipo de fusiones no existe un desembolso real de la sociedad absorbente porque la subfilial ya constaban en el balance de la matriz. En fusiones de sociedades íntegramente participadas directa o indirectamente, no se da el supuesto de entrada de nuevos socios, sino que los activos que se incorporan al balance de la Sociedad ya formaban parte de ella con anterioridad a la fusión.

Pues bien, en este punto hay dos aspectos que han de ser objeto de análisis:

- Por un lado, si llevásemos a cabo tal aumento de capital en la Sociedad, habríamos de entregar participaciones a Summer Sound, S.L.U. al ser el socio único de Summer Sound Barcelona, S.L.U. y haber sufrido una pérdida patrimonial. Sin embargo, esta

afirmación estaría legalmente prohibida por los artículos 134 y 135 LSC que impiden la asunción de participaciones de la sociedad dominante.

- Por otro lado, como veníamos señalando, el aumento de capital exigido no coincide con un incremento patrimonial real. El valor de la absorbida, Summer Sound Barcelona, S.L.U., ya constaba contabilizado en el balance de la Sociedad de manera indirecta, incluido como mayor valor patrimonial de Summer Sound, S.L.U. Esto podría provocar un desequilibrio contable entre el patrimonio y el capital de Producciones Gasolina, S.L.

Por tanto, la mayor parte de la doctrina considera que, en los casos de absorción de filial íntegra e indirectamente participada, no ha de llevarse a cabo tal ampliación de capital, máxime cuando el eventual perjuicio que pudieran sufrir aquellos acreedores de la sociedad “madre” podría ser paliado a partir de la compensación prevista en el artículo 53.2 RDL 5/2023⁴⁵ y que, a continuación, desarrollamos.

El legislador ha previsto que, en el caso de que la absorción tenga como resultado una disminución del patrimonio neto de mercantiles que no participan en dicha fusión por la participación que poseen en la sociedad absorbida, la mercantil absorbente, matriz o abuela ha de compensarlas “*por el valor razonable de esa participación*”. Esta exigencia habría que aplicarse siempre que el valor de la sociedad absorbida sea superior a 0.

En el presente supuesto, a tenor del enunciado, podemos inferir que el valor de las participaciones de Summer Sound Barcelona, S.L.U. es superior a 0 ya que “*presenta resultados positivos y unas altas cifras de ventas*”. Por ello, es probable que la Sociedad debiera compensar a los acreedores de su filial.

Con este precepto, se busca evitar que los acreedores de la sociedad intermedia sufran perjuicio alguno como consecuencia de la fusión entre la matriz y su filial, máxime cuando no disponen de un derecho de oposición dado que no participan en la operación (artículo 13 RDL 5/2023).

El principal problema que encontramos es la determinación de la referida compensación, así como el momento de su abono. La doctrina ha establecido que el pago de la compensación

⁴⁵ Nieto, M. (2020). La fusión de sociedades (IV). Fusión por absorción de filial participada al 100% de forma indirecta. Ruiz-Ballesteros Blog. <https://www.ruizballesteros.es/la-fusion-de-sociedades-iv-fusion-por-absorcion-de-filial-participada-al-100-de-forma-indirecta/>

a la sociedad “madre” no ha de computarse como un requisito necesario para su inscripción en el Registro Mercantil ni puede ser objeto de control por éste, por lo que podría retrasarse su cuantificación e ingreso a un momento posterior a la absorción⁴⁶.

Además, nada se impide que, tras el abono de dicha compensación, se pueda devolver en todo o en parte a través del reparto de dividendos de la sociedad intermedia o de una reducción de capital mediante devolución de aportaciones. El reciente RDL 5/2023 no recoge mecanismo alguno sobre la indisponibilidad de dicha cuantía.

Por todo lo anteriormente comentado, consideramos que, dada la ausencia de claridad de la vigente legislación y de la falta de unidad de criterio dentro de la doctrina sobre los requisitos necesarios para llevar a cabo este tipo de fusiones, **esta operación entraña una serie de dificultades que debería ser analizadas minuciosamente y en profundidad o, incluso, optar por otra alternativa.**

4. Finalmente, la última posibilidad que se nos ocurre sería realizar la operación en dos actos, como en la primera opción. Sin embargo, esta vez consistiría en llevar a cabo **una fusión simplificada entre Summer Sound Barcelona, S.L.U y Summer Sound, S.L.U. y, ulteriormente, una escisión por segregación de Summer Sound Barcelona, S.L.U. a favor de la Sociedad.**

Como comentábamos en la primera alternativa, debemos prestar especial atención al artículo 53.1 del RDL 5/2023, que recoge un procedimiento simplificado de fusión por absorción de una sociedad participada al cien por cien por la mercantil absorbente. Nos remitimos a dicho apartado donde explicamos, de manera detallada, las peculiaridades que presentan estos tipos de operaciones en nuestro ordenamiento.

Una vez ejecutada dicha absorción de su filial por parte de Summer Sound, S.L.U, la siguiente operación mercantil se trataría de una escisión por segregación de tal sociedad a favor de Producciones Gasolina, S.L.

La modalidad de la escisión pretendida está definida en los artículos 58 y 61 del RDL 5/2023. En este sentido, la segregación de Summer Sound, S.L.U se fundamentaría en la transmisión en bloque de “*por sucesión universal*” de la parte de su patrimonio que corresponde a la sociedad previamente absorbida Summer Sound Barcelona, S.L.U., a favor de la Sociedad, recibiendo como contraprestación participaciones o cuotas de su sociedad

⁴⁶ Vid. Ref. 45.

matriz. En este sentido, dado que lo que pretendemos es que la Sociedad pase a ostentar el control del 100% de las participaciones de Summer Sound Barcelona, S.L.U., planteamos una segregación. Es decir, la diferencia principal entre escisión parcial y segregación es que en la primera las participaciones, que se dan en contraprestación serían entregadas directamente a los socios de la sociedad que se escinde; mientras que, como en este caso, cuando se produce una segregación, tales participaciones serían recibidas por la sociedad que se segrega y no por sus socios.

Tales preceptos hablan de que la parte del patrimonio que ha de ser traspasada tiene que formar “*una unidad económica*”. Pues bien, a pesar de que la doctrina mercantil no ha dispuesto una definición unitaria sobre este concepto, podemos poner de relieve que, en el presente caso, pese a que no es un requisito fundamental para ser considerada una unidad económica, Summer Sound Barcelona, S.L.U., antes de la absorción, era una sociedad en pleno funcionamiento. Por ello, resulta evidente que se cumpliría el requisito de que la parte del patrimonio escindida se corresponde con una unidad económica (STS, Sala 1ª, núm. 682/2016 de 21 de noviembre)⁴⁷.

Asimismo, debemos traer a colación el artículo 63 del RDL 5/2023 en el que se regula el régimen jurídico de la segregación y que éste, a su vez, remite al de la fusión. En dicho precepto, se prevé que la escisión y sus modalidades como es la segregación, se regirán por las normas establecidas por la fusión, es decir, por aquellas que hemos puesto de manifiesto en las anteriores apartados. Por tanto, a tenor del artículo 63 RDL 5/2023, se subsume la operación de segregación en los términos y en las reglas contenidas en el artículo 53 RDL 5/2023. Concretamente, el artículo 53.2 RDL 5/2023 dispone que “*Cuando la sociedad absorbente (léase **sociedad beneficiaria**) fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbida (léase **sociedad segregada**), además de tener en cuenta lo dispuesto en el apartado anterior, será siempre necesario (...)*”

Adicionalmente, la posible aplicación de lo esgrimido en el artículo 53 RDL 5/2023 a las operaciones de segregación a favor de una sociedad íntegramente participada, como es el

⁴⁷ Martín de Vidales, M. y López-Jorrín, A. (2014). La segregación en la Ley sobre Modificaciones Estructurales: Algunos aspectos paradójicos. Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 880.

caso, ha de estar relacionada con la simplificación de requisitos en procedimientos de escisión del artículo 71 RDL 5/2023⁴⁸.

En virtud de este último precepto, al procedimiento de segregación ahora pretendido se aplicaría un régimen simplificado especial que permitiría prescindir tanto del informe de los administradores sobre el proyecto de escisión, del informe de expertos independientes, como del balance de escisión.

En el supuesto ahora analizado, dado que la sociedad beneficiaria de la segregación sería la sociedad titular de la totalidad del capital social de la sociedad segregada, como hemos indicado en los anteriores apartados, no sería necesaria la aprobación en junta general, sino que bastaría con el acuerdo del órgano de administración. No obstante, tal acuerdo por el que se adopta la segregación deberá contener las menciones establecidas tanto en el artículo 40 RDL 5/2023 como en el artículo 228 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Por todo ello, debido a que estas operaciones únicamente provocarían una inversión superior de tiempo para alcanzar el objetivo pretendido, que no evitarían los escollos puestos de relieve en la anterior alternativa y que los clientes quieren evitar que Summer Sound, S.L.U siga ostentando el 100% de las participaciones de su filial, creemos que **esta opción tampoco sería la idónea.**

En definitiva, expuestas y analizadas cada una de las alternativas que hemos considerado para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad, creemos que, a pesar de las dificultades puestas de manifiesto, la operación que más se adapta a las necesidades del cliente sería la **fusión por absorción de sociedad íntegra e indirectamente participada prevista en el artículo 53.2 RDL 5/2023.**

- (ii) En relación con los pasos a seguir para llevar a cabo la disolución y consecuentemente, la liquidación y extinción de Summer Sound, S.L.U. lo primero que debemos saber es que hay múltiples formas de lograr la disolución de una sociedad:

⁴⁸ Vidal-Pardo del Río, M. (2013). Procedimiento simplificado de segregación intragrupo. Uría Menéndez, pp. 1-18.

- Por el transcurso de duración fijado en los Estatutos de la empresa (Art. 360.1 a) LSC).
- Por el transcurso de un año desde la reducción del capital por debajo del mínimo legal sin que se hubiera cambiado la situación social (Art. 360.1 b) LSC).
- La apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores (Art. 361 LSC).
- Por acuerdo de la Junta General (Arts. 160 h) y 368 LSC).
- Por decisión judicial instada por cualquier interesado o administrador cuando se cumplan una serie de requisitos (Art. 366 LSC).
- Por cualquiera de las 8 causas legales recogidas en el artículo 363 LSC.

Por tanto, dado que en el enunciado de la presente cuestión se establece que Summer Sound, S.L.U. lleva varios años dando pérdidas podríamos suponer que la disolución de la empresa responde o bien, a *“pérdidas que han dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social”* (Art. 363 e) LSC), o bien, a un mero acuerdo entre los socios. En ambos supuestos se necesitará acuerdo de la Junta General, sin embargo, en el primero de ellos el acuerdo se aprobará por mayoría ordinaria del artículo 199 LSC (Art. 364 LSC), mientras que en el segundo se exige la mayoría legal reforzada recogida en los artículos 288 y 199 LSC (Art. 368 LSC). Una vez aprobada la disolución pretendida, habrá que dotarla de publicidad inscribiéndola en el Registro Mercantil (Art. 369 LSC).

Disuelta Summer Sound, S.L.U. se abre el periodo de liquidación de la entidad, conservando su personalidad jurídica, pero añadiendo a su denominación social *“en liquidación”* (Art. 371 LSC).

En este periodo, los administradores de la sociedad son cesados y pierden el poder de representación de la misma, ya que sus responsabilidades son asumidas por los liquidadores designados. No obstante, salvo que los estatutos de la sociedad contengan una disposición contraria o los liquidadores hayan sido nombrados por la junta general, los administradores se convertirán en los liquidadores de la empresa (Arts. 374, 375 y 376 LSC).

Una vez nombrados los liquidadores de Summer Sound, S.L.U., éstos, durante los 3 primeros meses desde que se acordó la disolución y se abrió el periodo de liquidación, deben formular un inventario y un balance de la sociedad (Art. 383 LSC). Debido a que la filial de la Sociedad no dispone de deudas ni créditos pendientes y que podemos asumir que ha dejado de controlar Summer Sound Barcelona, S.L.U., los liquidadores únicamente deben concluir aquellas posibles operaciones que estuviesen pendientes (Art. 384 LSC).

Por último, concluidas tales operaciones, los liquidadores habrán de someter a la aprobación de la junta general *“un balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante”* (Art. 390 LSC). Aprobados tales documentos y sin que dicho acuerdo haya sido impugnado en los 2 meses siguientes por la Sociedad que es el socio único, se procederá a la división del patrimonio social resultante de la liquidación, al pago de la cuota de liquidación a la Sociedad, al otorgamiento de escritura pública de extinción de Summer Sound, S.L.U. y al depósito del balance final y de sus libros en el Registro Mercantil para la cancelación de los asientos registrales (Arts. 391 y ss. LSC).

1.3.2 Como paso clave en el proceso de expansión, la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (Biza), sociedad que cotiza desde hace años en el Ibex-35. Todo ello siguiendo las recomendaciones de D. Raúl (actual consejero delegado de la Sociedad), el cual tiene un 6% del capital social Biza directamente como inversión personal. Siendo Biza una cotizada, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de cualquier norma imperativa en relación con la adquisición. Para ello le plantean diferentes escenarios, pero querrían conocer su opinión al respecto: (i) adquirir un 29,99% de las acciones de Biza; (ii) adquirir simplemente un 12% de Biza pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza; (iii) adquirir el 100% de las acciones de Biza para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza. Además, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza, solicitando igualmente su asesoramiento en este sentido.

Para responder a las tres primeras cuestiones debemos acudir a la reciente Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión⁴⁹ (en lo sucesivo,

⁴⁹ BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2023.

«LMV») Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores⁵⁰ (en lo sucesivo, «RD OPA»). En tales textos legales, entre otras materias, se recoge la regulación de las Ofertas Públicas de Adquisición (en lo sucesivo, «OPA»). Una OPA es una operación mercantil por la que una persona física o jurídica presenta una oferta para adquirir todas o una parte de las acciones de una Sociedad Anónima que cotiza en bolsa a un precio razonable.

Estas operaciones societarias responden a una doble función. Por un lado, facilitan al adquirente la compra de un paquete amplio de acciones de un modo rápido, en único momento, organizadamente y a un precio determinado y, por otro lado, posibilitan que todos los accionistas de la sociedad “opada” pueda vender sus acciones en igualdad de condiciones y por el mismo precio.

Las OPAs se inician mediante la publicación del “anuncio previo” donde se recoge la intención de llevar a cabo una adquisición masiva de acciones, desde este momento la operación se vuelve irrevocable, salvo en circunstancias tasadas y excepcionales. Tras dicho anuncio oficial de la oferta, se debe rellenar un escrito de solicitud de autorización ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en lo sucesivo, «CNMV») acompañada de la documentación acreditativa del acuerdo, el folleto explicativo donde se detallan todos los términos y condiciones. Además, el resto de la documentación complementaria exigida en el artículo 20 RD OPA deberá presentarse junto con tal escrito de solicitud o dentro de los 7 días hábiles siguientes.

Una vez presentado el folleto explicativo junto con la documentación necesaria, la OPA ha de ser o bien, autorizada o bien, denegada por la CNMV en un plazo de 20 días hábiles desde la recepción del escrito de solicitud, aunque el plazo puede ser superior si toda la documentación no se presentó el mismo día.

Aprobado el folleto explicativo, la CNMV publicará su decisión y se la notificará al oferente, a la sociedad opada o “target”, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas y a la Sociedad de Bolsas, así como todo aquel organismo o autoridad que considere oportuno. Tras esto, se abre el plazo de aceptación previamente fijado por el oferente, en el que el inversor deberá voluntariamente decidir si vende o no sus acciones de la empresa opada. Asimismo, dentro de los 10 días naturales siguientes a la apertura del plazo de aceptación, el Consejo de

⁵⁰ BOE núm. 180, de 28 de julio de 2007.

Administración de la empresa “target” habrá de publicar un informe en el que indica si existe acuerdo alguno entre la oferente y la sociedad opada, su valoración de la oferta y la decisión que ellos van a adoptar sobre sus acciones.

Tras la finalización del plazo para recibir declaraciones de aceptación de la oferta por parte de los accionistas, se dará por concluida la OPA, se conocerá el resultado de la misma ya que puede que ésta estuviese condicionada a la obtención de un mínimo de aceptaciones y se liquidará la OPA dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes a la fecha de publicación del resultado⁵¹.

Por último, debemos destacar que las OPAs reciben distintas denominaciones. Según sea su finalidad y características.

La clasificación más importante y a la que más adelante nos referiremos es la que distingue entre OPAs obligatorias y voluntarias. La LMV establece una serie de supuestos en los que resulta preceptivo lanzar una OPA sobre el 100% de las acciones a un precio equitativo y sin sujeción a condición alguna:

- **Toma de control.** Cuando el oferente pretende adquirir directa o indirectamente el 30% de la sociedad cotizada o utilizar otras variantes de la toma de control contempladas en la legislación.
- **Exclusión de cotización bursátil.** Se da en los supuestos en los que la entidad decide dejar de cotizar en bolsa.
- **Reducción de capital.** Se justifica porque se trata de una modificación significativa de los estatutos por lo que se ha de permitir a los inversores vender sus acciones.

Por otro lado, las OPAs voluntarias no les aplican los requisitos legales de precio o número de acciones y el oferente tiene libertad para establecer una serie de condiciones.

Otra diferenciación que se lleva a cabo es distinguir entre OPAs “amistosas” y OPAs “hostiles”. Las primeras se refieren a aquellas ofertas que cuentan con el acuerdo entre la sociedad oferente y los accionistas más relevantes o el Consejo de Administración de la opada, mientras que las segundas hacen referencia a aquellas en las que no medien acuerdo alguno.

⁵¹ Torrente, F., Marini, S. (2021). Planificación estratégica de las Ofertas Públicas de Adquisición. Una guía práctica para el diseño de las ofertas públicas de adquisición y su análisis en el mercado español. Allen & Overy, Georgeson. pp. 1 – 52.

Una vez realizada una breve aproximación a la definición de las OPAs, la forma de proceder para su efectiva ejecución, así como sus distintos tipos, a continuación, analizaremos las específicas cuestiones que se plantean en el presente supuesto:

- (i) Como señalábamos anteriormente, los artículos 108 y 111 LMV disponen que será obligatorio lanzar una OPA por el 100% de las acciones de la sociedad cotizada cuando una persona física o jurídica, ya sea individualmente o bien, de forma conjunta, ostente el 30% o más del porcentaje de los derechos de voto o, teniendo una participación inferior, haya designado a más de la mitad de los miembros del órgano de administración. Estos casos se conocen como OPAs obligatorias por control de la sociedad.

Pues bien, en el presente caso, los clientes proponen adquirir el 29,99 % de las acciones de la sociedad cotizada. Por ello, podríamos suponer que la Sociedad estaría dispensada de la obligación de tener que presentar una oferta por el 100% de las acciones.

Sin embargo, el enunciado establece que el Consejero Delegado de la Sociedad, D. Raúl, ostenta el 6% de las acciones de Biza, por lo que si acudimos al artículo 5.1 del RD OPA en el que se establece el cómputo de los derechos de voto, se recoge que: *“Se atribuirán a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan a las siguientes personas o entidades:*

- a) *Los que pertenezcan al mismo grupo, tal como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los de los miembros de sus órganos de administración, salvo prueba en contrario. (...)*”

Tal precepto admite prueba en contrario por lo que si, por ejemplo, se tratase de un consejero independiente sus derechos de voto no serían computables a los efectos de la toma de control en la OPA. Este no es el caso, D. Raúl es el Consejero Delegado de la Sociedad por lo que interviene directamente en la gestión de la misma.

Por tanto, a pesar de que la Sociedad únicamente quería adquirir el 29,99% de las acciones de Biza, dado que un miembro de su consejo de administración ostenta un 6% de la sociedad cotizada y tales derechos de voto se le atribuirán, por lo que **Producciones Gasolina, S.L. deberá lanzar una OPA por la totalidad de las acciones de Biza.**

No obstante, la LMV prevé una dispensa a dicha obligación pero que del enunciado del caso no tenemos la certeza de que pueda ser aplicada. En este sentido, el artículo 111.2 establece que **no será preceptiva la formulación de una OPA si “otra persona o entidad, directa o indirectamente, tuviera un porcentaje de voto igual o superior al que tenga el obligado a formular la oferta”**. Por tanto, ya que la Sociedad quiere adquirir el 29,99%, su Consejero Delegado ostenta el 6% (en virtud del artículo 5 RD OPA suman el 35,99% de Biza) y de la siguiente cuestión conocemos que otra accionista, Dña. Natalia Antillano, posee el 28%, podría darse el supuesto de que otro accionista fuese titular, directa o indirectamente, del 36,01% restante del accionariado. En este caso, la Sociedad estaría dispensada de presentar una OPA por el 100% de las acciones de Biza.

Asimismo, en virtud de lo esgrimido en el artículo 8 del RD OPA, en este caso, podría aplicarse el apartado f) del mencionado artículo que dispone que estará excluida de formular OPA obligatoria alcanzando el control cuando éste: *“se haya alcanzado tras una oferta voluntaria por la totalidad de los valores, si se da alguna de las siguientes circunstancias: que la oferta haya sido formulada a un precio equitativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9; o bien, que haya sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 50 por ciento de los derechos de voto a los que se hubiera dirigido, excluyendo del cómputo los que ya obraran en poder del oferente y los que correspondan a accionistas que hubieran alcanzado algún acuerdo con el oferente relativo a la oferta”*.

- (ii) En este supuesto estaríamos ante lo que se conoce como un supuesto de concertación o actuación concertada de dos o más accionistas. Se entiende que existe tal supuesto cuando dos o más accionistas colaboran en virtud de un acuerdo que puede ser expreso o tácito, verbal o escrito, con el objetivo de lograr obtener el control de la sociedad cotizada.

En este sentido, la ley establece que existirá *“un concierto determinante de la obligación de formular OPA cuando dos o más accionistas que sean parte de un acuerdo como el indicado alcancen conjuntamente una participación igual o superior al 30 % de los derechos de voto o cuando, ostentando una participación inferior, designen a más de la mitad de los miembros del órgano de administración”*⁵².

⁵² Uría Menéndez (2007). Guía sobre el nuevo régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores.

Además, a pesar de que el supuesto de hecho no lo especifique, la LMV en su artículo 108, presume que existe dicho concierto si los accionistas implicados **han suscrito un pacto parasocial**. Ahora bien, ese pacto habrá de versar sobre el establecimiento de una política común en relación con la gestión de la cotizada o influir de manera relevante en ella. Por tanto, no todo pacto parasocial entre accionistas de una cotizada habrá de computarse a los efectos del artículo 108 LMV.

En el caso ahora analizado, consideramos que la Sociedad, a pesar de adquirir únicamente el 12% de Biza, dado que existe un acuerdo de voto con otro accionista, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza, **Producciones Gasolina, S.L. deberá lanzar una OPA por la totalidad de las acciones de Biza**. Es decir, dicho pacto de voto es determinante para la obligación de formular OPA porque alcanzarían de forma conjunta una participación superior al 30% de los derechos de voto de Biza previsto para establecer que existe un control de la cotizada.

- (iii) En este caso, la Sociedad pretende adquirir el 100% de las acciones de Biza, por tanto, esta vez también **tendría que formular una Oferta Pública de Adquisición obligatoria dirigida a la totalidad de los titulares de las acciones** siguiendo el procedimiento anteriormente descrito.

Hemos de advertir que, pese a que la Sociedad pretenda la compra de todo el accionariado de Biza *“para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza”*, acudir a la consecuente OPA es siempre voluntario. Es decir, el accionista tiene siempre la decisión de vender o no sus acciones y no acudir a la misma, en ningún caso, puede suponer la pérdida de las acciones.

Ahora bien, el artículo 116 LMV recoge los supuestos de compraventa forzosa. Según dicho precepto, si tras la formulación de la OPA la Sociedad resultase poseedora de valores que representan el 90% del capital con derecho de voto y dicha oferta hubiese sido aceptada por al menos el 90% de los titulares de las acciones con derecho de voto, la Sociedad podría exigir a los restantes accionistas que le vendan sus acciones a un precio

equitativo, o bien, éstos podrían exigir a la Sociedad que les compre sus acciones a un precio equitativo.

Por último, debemos poner de relieve que como **en los tres supuestos analizados, la Sociedad tendría que formular una OPA obligatoria por la totalidad de las acciones de Biza**, la legislación vigente establece que dichas acciones han de ser compradas a un “*precio equitativo*”. Este precio se determina objetivamente en función de una serie de parámetros previamente establecidos, a diferencia que en las OPAs voluntarias donde el oferente puede fijar el precio por el que se lanza la OPA discrecionalmente. El artículo 110 LMV y 9 RDL OPA determinan que el precio equitativo será el más elevado que el oferente o las personas que actúen en concierto con éste haya pagado o acordado por los mismos valores durante los 12 meses anteriores al anuncio de la oferta.

Para finalizar, deberíamos traer a colación las consecuencias legales que llevan aparejado el incumplimiento de formular la OPA obligatoria. Sobre este extremo se pronuncia el artículo 112 LMV determinando que quien no presente la OPA obligatoria o lo haga fuera del plazo máximo, no podrá ejercitar los derechos políticos derivados de los valores poseídos, directa o indirectamente, de la sociedad cotizada. Además, serán nulos aquellos acuerdos adoptados por los órganos de una sociedad cuando para su adopción se tuvo en cuenta los valores cuyos derechos políticos estaban suspendidos en virtud de lo expuesto anteriormente.

- (iv) La Sociedad nos solicita que analicemos si, tras la adquisición de un paquete significativo de acciones de Biza o de la totalidad de sus acciones, podría aplicarse la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza.

Lo primero que debemos hacer es señalar qué debemos entender por concentración empresarial. Para ello, el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, «LDC»)⁵³ establece que una concentración de empresas se refiere a aquella operación que implica una modificación duradera de la estructura de gestión y/o poder en todo o en parte de una o varias empresas como consecuencia de:

⁵³ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

- La fusión de empresas que eran independientes.
- La adquisición de la totalidad o parte del control de otra empresa, en el que se incardina nuestro supuesto.
- La creación de una empresa común.

En este sentido, no todos los cambios en las estructuras de las mercantiles dan como resultado una concentración de entidades, pero todas las concentraciones presuponen una alteración prolongada en el tiempo del control de las empresas participantes. A estos efectos es interesante resaltar que el control hace referencia a la capacidad para ejercer “*una influencia decisiva sobre una empresa*”.

Asimismo, para la correcta resolución de la presente cuestión, dado que estamos ante un presunto caso de concentración por toma de control de una sociedad cotizada, debemos traer a colación el artículo 26 del RD OPA en el que se recoge la normativa en relación con la autorización y regulación del control de las concentraciones empresariales como consecuencia de una OPA. Por último, cerrando el marco jurídico en el que va a versar el epígrafe actual, hemos de mencionar la normativa “*antitrust*” comunitaria sobre tales aspectos recogida en el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo, «**Reglamento comunitario de concentraciones**»)⁵⁴.

En el supuesto ahora analizado, es cierto que, en caso de que la Sociedad adquiriese la totalidad o gran parte del accionariado de Biza, a pesar de que ésta se realice por los cauces legales previstos, debemos revisar la legislación aplicable al control de las concentraciones. La LDC, en su artículo 8 establece que su mecanismo de control es aplicable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando debido a una concentración de empresas, se adquiriera, al menos, el 30% de la cuota de mercado de un producto o servicio
- Que el volumen de negocio en España de las entidades participantes en la supuesta concentración supere, en el último ejercicio, la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos el volumen de negocios en España de dos de ellas sea superior a 60 millones de euros.

⁵⁴ DOUE núm. 24, de 29 de enero de 2004, páginas 1 a 22.

Este precepto no afecta a aquellas concentraciones que, de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento comunitario de concentraciones, cumplan los requisitos para que sean consideradas concentraciones de dimensión comunitaria.

Por tanto, dado que creemos que podríamos estar ante un supuesto de concentración empresarial, para poder asesorar jurídicamente a los clientes de la manera más idónea posible, debemos conocer el volumen de negocio y/o la cuota de mercado de cada una de las sociedades tanto del Grupo cuya sociedad matriz es LATINO GANG INC., de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L., como de BZRP HITS, S.A. Tales datos son necesarios para determinar si verdaderamente a la adquisición de todo o parte del accionariado de Biza por parte de la Sociedad le sería de aplicación las normativas anteriormente señaladas.

No obstante, dado que el Grupo es *“una de las mayores productoras de música latina”*, que cuenta *“con presencia en la práctica totalidad del continente americano”* y que Biza es *“una de las mayores empresas del sector”* podríamos suponer que sí se cumplirían los umbrales recogidos en la legislación que definen una concentración empresarial y no una colusión. Por tanto, antes de ejecutar la OPA, los clientes deberían seguir el procedimiento descrito a continuación.

Lo primero que habría que hacer consistiría en notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, «CNMC»), suspendiendo la previa operación de adquisición de acciones de Biza hasta que la CNMC resuelva conforme a derecho. Para ello, la Sociedad deberá cumplimentar un formulario de notificación previsto en la sede electrónica de dicho organismo público.

Asimismo, la LDC prevé un formulario abreviado para aquellas operaciones que impliquen una concentración de sociedades que cumpla con los umbrales de notificación pero que, a priori, no afectaría de manera significativa a la competencia, por ejemplo, porque la cuota de mercado de la sociedad resultante es reducida. En estos casos, la reciente reforma de la LDC prevé un plazo máximo de resolución de 15 días.

En el procedimiento ordinario, tras la notificación, la CNMC contará con un mes para analizar todas las operaciones comunicadas y decidir si tales operaciones han de ser archivadas, si son susceptibles de ser autorizadas (con o sin compromisos) o, si, por el contrario, han de ser analizadas minuciosamente debido al riesgo para la competencia que

éstas pueden generar (Fase 1). En este último supuesto, se abriría la segunda fase del procedimiento en la que se permite la entrada de terceros interesados.

La segunda fase durará 3 meses desde el acuerdo de su apertura y, en ella, el Consejo de la CNMC resolverá si la concentración ha de ser autorizada de pleno o autorizada con compromisos. No obstante, si los compromisos propuestos por la entidad notificante o las condiciones impuestas por el Consejo no son suficientes para paliar los problemas de competencia observados, la CNMC podrá prohibir la concentración.

Por último, en caso de que la concentración sea aprobada con compromisos o condiciones o directamente sea prohibida, el Ministerio de Economía dispondrá de un plazo de 15 días para elevar tal decisión al Consejo de Ministros quien podrá, en el plazo de un mes, solicitar a la Sociedad un informe o autorizar con o sin condiciones la operación⁵⁵.

De esta manera, dado que, en principio, la modificación de la estructura de control de Biza se llevaría a cabo a través de una Oferta Pública de Adquisición de parte o de la totalidad de sus acciones que puede derivar en una concentración empresarial sujeta a control por las autoridades de la competencia, nada se impide que **el éxito de dicha OPA quede condicionado a la normativa del Derecho de la Competencia.**

Además, ya que en la operación intervendrían sociedades de distinta nacionalidad, hemos de destacar que las normas de “*antitrust*” no “*prevén un procedimiento especial para regular las concentraciones derivadas o vinculadas a una OPA, limitándose a recoger algunas peculiaridades o especialidades, dentro del régimen general aplicable a todas las operaciones que encuentren cabida en el concepto de concentración económica*”⁵⁶.

En definitiva, podemos concluir que las normas de competencia a nivel nacional y comunitario no comparten los mismos criterios cuantitativos de adquisición de acciones para apreciar que concurre el control de la sociedad. Por ello, **no siempre que se deba formular una OPA, ésta va a llevar aparejada una concentración empresarial que influya decisivamente en el mercado y que, por tanto, ha de ser objeto de notificación ante las autoridades de la competencia nacionales o internacionales.** Todo dependerá de los elementos específicos del supuesto fáctico analizado.

⁵⁵ <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/concentraciones>

⁵⁶ Herrero Suárez, C. (2019). OPA y control de concentraciones. Universidad de Valladolid.

2. BIBLIOGRAFÍA

- Duprat, P. N. (2021). “Protección jurídica de la marca no registrada en la legislación española”. <https://blog.cipi.es/blog2-industrial/item/186-proteccion-juridica-de-la-marca-no-registrada-en-la-legislacion-espanola>
- EJASO. (2021). “Reparto de dividendos con cargo a la cuenta 118”. <https://ejaso.com/conocimiento/reparto-de-dividendos-con-cargo-a-la-cuenta-118>
- González Fernández, M. B. (dir.), Márquez Lobillo, P., Otero Cobos, M. T. (Coord.). (2023). “Los acuerdos sociales”. Tirant Lo Blanch (Valencia).
- Haro Bravo, Z.V. (2019). “Las Marcas Notorias y Renombradas: Conceptualización, Protección y Publicidad”. *Trabajo de Fin de Máster, UNIR*. pp. 43-44.
- Herrero Suárez, C. (2019). “OPA y control de concentraciones. Universidad de Valladolid.” <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/42276/OPA%20y%20control%20de%20concentraciones%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Juste Mencía, J. (2009). “Estrategias operativas para las fusiones simplificadas (arts. 49 y 52 LME)”. & *Análisis. Gómez-Acebo & Pombo*. pp. 1-4.
- Martín de Vidales, M. y López-Jorrín, A. (2014). “La segregación en la Ley sobre Modificaciones Estructurales: Algunos aspectos paradójicos”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 880.
- Nieto, M. (2020). “La fusión de sociedades (IV). Fusión por absorción de filial participada al 100% de forma indirecta”. Ruiz-Ballesteros Blog. <https://www.ruizballesteros.es/la-fusion-de-sociedades-iv-fusion-por-absorcion-de-filial-participada-al-100-de-forma-indirecta/>
- Pla Vall, A. y Salvador Cifre, C. (2020) “Impuesto sobre Sociedades”. *Tirant Lo Blanch, Valencia*, 12º Edición. pp. 30-35.
- Rouco Pernas, D. (2018). “El seguro de Reps & Warranties”. *Economist & jurist*, pp. 42-49.

- Torrente, F., Marini, S. (2021). “Planificación estratégica de las Ofertas Públicas de Adquisición. Una guía práctica para el diseño de las ofertas públicas de adquisición y su análisis en el mercado español”. *Allen & Overy, Georgeson*. pp. 1 – 52.
- Uría Menéndez (2007). “Guía sobre el nuevo régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores”.
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2700/documento/GuiaUM.pdf?id=2927>
- Vidal-Pardo del Río, M. (2013). “Procedimiento simplificado de segregación intragrupo”. *Uría Menéndez*, pp. 1-18.
- Vidal Vela, D. (2021). “Una aproximación jurídica a la figura contable «aportaciones de socios o propietarios» de la cuenta 118 del Plan General Contable”. *La Ley Mercantil, Ed. Wolters Kluwer*, nº 80.

2.1. LEGISLACIÓN

- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio del 15 de abril de 1994.
- La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y fomento y liberalización de la actividad económica.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

- Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto 634/2015, de 10 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-Ley núm. 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.
- Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.
- Resolución de 19 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad.
- Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales.
- Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.
- Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

- Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

2.2. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-375/97, *General Motors Corporation* contra *Yplon S.A.* ECLI:EU:C:1999:408.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 194/2007, de 22 de febrero. ECLI:ES:TS:2007:806.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 1059/2008, de 20 de noviembre. ECLI:ES:TS:2008:6276.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, núm. 1509/2009, de 24 de febrero. ECLI: ES:TS:2009:1509.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, núm. 1494/2013, de 11 de marzo. ECLI:ES:TS:2013:1494.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 531/2013, de 19 de septiembre. ECLI:ES:TS:2013:4950.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, sec. 1ª, núm. 429/2017, de 17 de octubre. Núm. de recurso 262/2015. ECLI:ES:JMIB:2017:1792.
- Decisión de la División de Anulación de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea núm. 14788 C de 11 de enero de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, núm. 1139/2020, de 4 de septiembre. ECLI:ES:TS:2020:2799.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 310/2021, de 13 de mayo. ECLI:ES:TS:2021:1859.
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de marzo de 2022.