

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

CASO PRÁCTICO

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA
ABOGACÍA**

Curso 2022/2023



**UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS
ICA-ICADE**

Presentado por: Bosco La Hoz Moya

Tutor: Fernando Gutiérrez Rizaldos

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.

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. 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.

1.1 Regularización: En el caso de optar por armonizar la situación de “irregularidad” fiscal de la empresa española, debemos tener en cuenta que nos encontramos ante el escenario de la existencia de una deuda que todavía no es conocida para la Administración Pública. Nos hallamos ante una situación eminentemente peligrosa, ya que en cualquier momento la potestad comprobatoria de la Administración Pública puede ser desplegada¹, siempre y cuando no haya finalizado el plazo de prescripción. En este

¹ En este sentido cabe destacar que, según el art. 120.2 LIS “*La Administración tributaria podrá realizar la comprobación e investigación mediante el examen de la contabilidad, libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a los negocios del contribuyente, incluidos*”

supuesto, dicho plazo no ha llegado a transcurrir, ya que según el **art. 198.2 LGT** “*El plazo de prescripción para imponer sanciones tributarias será de cuatro años y comenzará a contarse desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones*”. En este sentido, cabe destacar que, al haberse producido la infracción, no en marzo de 2020, sino el 26 de julio de 2021², aún quedarían alrededor de dos años para poder ser descubiertos. Esto es mucho tiempo, más teniendo en cuenta la operación que va a llevarse a cabo, lo que permite suponer el interés de la Administración debido a la naturaleza e implicaciones de la misma.

Mientras se haya incluido en la cláusula de reps and warranties que, no solo existe una deuda no declarada a la Administración Tributaria, sino que, además, no existe ni ha existido ninguna actividad externa por la Administración en el ejercicio de dicha competencia, estará abierta esta vía. Ello es así porque aún estaríamos imbuidos de capacidad como obligados tributarios para presentar una declaración-liquidación (complementaria) ante Hacienda, poniendo en su conocimiento el ingreso percibido sin esperar o arriesgarse a ser descubiertos.

Ahora bien, regularizar la situación en la que se encuentra la Sociedad lleva consigo la asunción de una serie de gastos, los cuales no pueden ser pasados por alto, siendo estos los siguientes:

los programas de contabilidad y los archivos y soportes magnéticos. La Administración tributaria podrá analizar directamente la documentación y los demás elementos a que se refiere el párrafo anterior, pudiendo tomar nota por medio de sus agentes de los apuntes contables que se estimen precisos y obtener copia a su cargo, incluso en soportes magnéticos, de cualquiera de los datos o documentos a que se refiere este apartado.

La Administración tributaria podrá comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria. *En este sentido, podrá regularizar los importes correspondientes a aquellas partidas que se integren en la base imponible en los períodos impositivos objeto de comprobación, aun cuando los mismos deriven de operaciones realizadas en períodos impositivos prescritos”.*

² De conformidad con lo establecido en el **art. 124.1 LIS**, el plazo para que los contribuyentes por este impuesto presenten la declaración a la que están obligados, en el tiempo y forma determinado, será en los 25 días naturales que prosigan a los seis meses siguientes a la finalización del periodo impositivo. En este sentido, al no haberse indicado en el enunciado cual es el periodo impositivo de La Sociedad, nos acogemos a lo dispuesto en los **art. 27 y 28 LIS**, cuyo espíritu implica que, salvo disposición expresa en contrario reflejada en los estatutos sociales, el ejercicio económico y, por tanto, el periodo impositivo de una sociedad de capital, coincide con el año natural. En esta misma línea encontramos al **art. 26 LSC**, el cual reza que “*A falta de disposición estatutaria se entenderá que el ejercicio social termina el treinta y uno de diciembre de cada año*”.

Recargos: Una vez se decide pagar un tributo voluntaria o espontáneamente, pero estando ya agotado el plazo reglamentariamente establecido para ello, hay que tener en cuenta la existencia de un recargo sobre el importe declarado, el cual excluye la imposición de una sanción tributaria³. Según el **art. 27.2.3º LGT**, si el retraso es superior a un año, el recargo será del 15%, devengándose también los intereses de demora que correspondan al periodo que transcurra desde el día siguiente al término de los doce meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en la autoliquidación se haya presentado. No obstante, conviene mantener presente que, según el **art. 27.2.4º LGT**, al derivar nuestra declaración de una presentación fuera de plazo, pero sin requerimiento previo, no se exigirán intereses de demora por el tiempo transcurrido desde la presentación de la declaración hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario correspondiente a la liquidación que se vaya a practicar. Todo ello sin perjuicio de los recargos e intereses ya mencionados en relación con la presentación extemporánea.

En este supuesto sería recomendable que se acogiese a la posibilidad otorgada por la Administración en el **art. 27.5 LGT**, con el objetivo de estimular el ingreso de las deudas tributarias mediante regularizaciones voluntarias. Esta posibilidad, en forma de reducción, implica que el recargo final que vaya a imponerse sobre el obligado tributario puede ser objeto de una reducción de 25 por 100 siempre que, junto a la presentación extemporánea de la declaración, se realice el ingreso total del importe restante del propio recargo, así como de la deuda que resulte de la liquidación. En nuestro caso el recargo que se aplicaría quedaría finalmente en un 15 por 100.

Asesoramiento jurídico: En lo relativo a los posibles gastos que puedan irrogarse en relación con la presentación de la autoliquidación, no puede negarse

³ Según **la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 1995 (164/1995)** un recargo del 50 por 100 sí que supone una manifestación atípica y encubierta de la potestad sancionadora que no distaría sustancialmente de con las sanciones tributarias desde el punto de vista cuantitativo. Por lo tanto, en este tipo de casos sí que estaríamos ante un castigo cuya imposición debería de instrumentarse por vía del procedimiento administrativo sancionador en el que se den las garantías materiales y procesales constitucionalmente establecidas para estas situaciones.

que para llevar a cabo la operación que se pretende, con las implicaciones que puede tener a nivel económico y reputacional, lo más aconsejable sería realizarla bajo el continuo asesoramiento jurídico de expertos en el área. Este representa indudablemente un gasto a tener en cuenta, no obstante, ello no representa más una ínfima porción del gasto total de la operación si tenemos en consideración el importe del desembolso total por todos los conceptos.

Pérdidas económicas por pérdida reputacional: En este caso nos encontramos ante un posible gasto mucho más abstracto y difícil de calcular, no obstante, es innegable que existe el riesgo de perder cierta confianza del sector si convierte en público y notorio que La Sociedad, a través de la cual pretendemos operar se halla incurso en procedimientos regulatorios de esta índole. Ahora bien, en nuestro despacho, por experiencias previas en operaciones similares, somos fieles defensores de la idea de llevar a cabo esta regularización de la manera más transparente y sincera posible con el sector target y no target de nuestra actividad. Con ello se lograría que los principales operadores del mercado (distribuidoras, artistas, inversores...) no solo no pierdan confianza en la marca, sino que nuevos agentes operadores se acerquen con interés debido a nuestra transparencia, sinceridad y espíritu de mejora.

1.2 Ignorar el posible riesgo y regularizar: Está claro que, en caso de optar por no presentar la ya mencionada autoliquidación, no habría ningún gasto que se irrogaría con certeza en nuestra contra. Ahora bien, el riesgo en el que nos encontraríamos sería muy elevado pues el costo en el que incurría la Sociedad, en caso de ser descubierta, sería mucho mayor que de haber optado por presentar la declaración del ingreso. Además, al quedar aún alrededor de casi dos años hasta que prescriba la infracción (en este sentido *vid. ut supra*), no sería aconsejable arriesgarse, sobre todo cuando el interés de la Administración en la situación fiscal de la Sociedad puede despertarse a partir del momento en que realicemos la compraventa de participaciones sociales.

En cuanto a los posibles gastos que pueden irrogarse en caso de adoptar esta posición, debemos tener en cuenta los siguientes:

Sanción tributaria: En el supuesto hipotético de que la situación de irregularidad acabe siendo conocida por la Administración, debemos tener en cuenta que, en primer lugar, podríamos toparnos ante la comisión de un delito. En este sentido el **art. 305.1 del Código Penal** enuncia que *“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos”.

A su vez, éste hecho representa una infracción cuya calificación sería de grave⁴. En este sentido, el **art. 191.3.3º LGT** establece que *“La sanción por infracción grave consistirá en multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por ciento y se graduará incrementando el porcentaje mínimo conforme a los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública, con los incrementos porcentuales previstos para cada caso en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 187 de esta ley”.* Lo enunciado con anterioridad debe abordarse teniendo en cuenta que la sanción por la infracción cometida tomará como base el importe no declarado por el

⁴ *“Las infracciones leves serían aquellas conductas en las que no se aprecia la existencia de ocultación, ni el empleo de medios fraudulentos por el infractor. También pertenecen a dicha especie las infracciones cuyo daño económico deriva de una cuantía modesta y las que no produciendo ese perjuicio, tampoco revelan un comportamiento del sujeto especialmente peligroso. **Si ha habido ocultación, la infracción será grave** y si se han empleado medios fraudulentos en su comisión, será muy grave. **Por ocultación de datos a la Administración tributaria ha de entenderse legalmente la no presentación de declaraciones o su presentación incluyendo hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas..., siempre que la incidencia derivada de la ocultación de la deuda, en relación con la base de la sanción, sea superior al 10 por ciento.** La ocultación se produce aun cuando la Administración pueda conocer la realidad de las operaciones o datos omitidos por declaraciones de terceros, requerimientos de información o por el examen de la contabilidad o documentación del propio sujeto infractor”.* (MARTÍNEZ LAGO, M.A. y ALMUDÍ CID, J.M., “Lecciones de Derecho Financiero y Tributario”, Madrid, IUSTEL, 13ª ed., 2018, pág. 470 y 471).

infractor, es decir, un millón de euros. Si nos remitimos al **art. 187.1. b) LGT**, citado ut supra, observaremos que dicha sanción puede ser graduada en caso de existir perjuicio económico para la Hacienda Pública, lo cual se apreciará tomando en consideración el porcentaje resultante de la relación existente entre la “base la sanción” y la “cuantía total que hubiera debido ingresarse en la autoliquidación.

En el presente caso, para calcular la base de la sanción, debemos multiplicar el importe dejado de ingresar por el tipo aplicable, el cual será del 25 por ciento al tratarse de un ingreso percibido por una sociedad de capital⁵.

$$1.000.000 \times 25/100 = 250.000 \text{ euros.}$$

Una vez obtenida la base de la sanción, debemos observar cual es su relación porcentual con la suma dejada de obtener.

$$1.000.000 / 250.000 = 25\%$$

Si proseguimos con la lectura del **art. 187 LGT**, veremos que *“cuando el perjuicio económico sea superior al 10 por ciento o inferior o igual al 25 por ciento, el incremento será de 10 puntos porcentuales”* respecto de la sanción mínima establecida para la infracción correspondiente. Por lo tanto, al ser la sanción mínima del 50 por ciento, la sanción final resultará de sumar 10 puntos porcentuales a dicha cifra y luego de aplicar dicho porcentaje a la suma dejada de ingresar.

$$60/100 \times 1.000.000 = 600.000 \text{ euros}$$

En conclusión, del millón de euros percibidos acabarían restando en nuestro haber tan solo 150.000 euros si somos descubiertos, ya que seríamos sancionados con 600.000 euros y tendríamos que pagar 250.000 euros

⁵ **Art. 29.1 LIS** *“El tipo general de gravamen para los contribuyentes de este Impuesto será el 25 por ciento, excepto para las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros que será el 23 por ciento”*.

correspondientes a la tributación del millón de euros en el Impuesto sobre sociedades.

Pérdida reputacional: Una posible consecuencia a la que, plausiblemente, se tendría que hacer frente, en caso de haber ocultado la percepción de los ingresos y finalmente haber sido descubierto, es la pérdida de prestigio y confianza por parte de los principales operadores del mercado (marcas publicitarias, medios de comunicación, artistas, consumidores, agencias de representantes, distribuidoras...). Esta hipotética situación podría llevar a la Sociedad ante una situación de verdadera crisis que quizás acabaría con su proyecto de expansión a nuevos mercados internacionales.

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.

En primer lugar, en relación con la anterioridad en el tiempo del derecho de la opositora a nuestro signo distintivo, debemos tener en cuenta que, según la legislación en materia marcaria, los signos que se hayan convertido en habituales, como consecuencia de un

uso continuo de los mismos, habrán adquirido la suficiente distintividad como para cumplir con la función de marca⁶.

Desde el punto de vista de la legislación europea, lo hay que precisar es que la distintividad sobrevenida se regula en los **artículos 7.3 RMUE y 59.2 RMUE**, éste último en relación con la nulidad. La finalidad de esta normativa atiende al espíritu contenido en la **Directiva 89/104/CEE**, la cual enuncia que no se podrá denegar el registro de una marca ni podrá declarar la nulidad de la misma si antes de la fecha de la solicitud de registro, y debido al uso de la marca, se hubiese adquirido un carácter distintivo por la misma.

Si observamos la normativa española, encontramos que la distintividad que nos interesa se regula en los **artículos 6 y 8 de la Ley de Marcas**, los cuales enuncian lo siguiente:

“Artículo 6. Marcas Anteriores.

1. No podrán registrarse como marcas los signos:

b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.

2. Por marcas anteriores se entenderá a los efectos del apartado 1:

d) Las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean "notoriamente conocidas" en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París”.

“Artículo 8. Marcas y nombres comerciales renombrados

1. No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o similar a una marca anterior, con independencia de que los productos o servicios para los cuales se haga la solicitud sean idénticos o sean o no similares a aquellos para

⁶ En este sentido, el **art. 15.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)** establece que “cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso”. Recordemos que el ADPIC busca conceder una protección mínima en el marco normativo de los países contratantes, por lo que la protección de la distintividad sobrevenida será optativa desde este punto de vista.

*los que se haya registrado la marca anterior; **cuando la marca anterior goce de renombre en España** o, si se trata de una marca de la Unión, en la Unión Europea, y con el uso de la marca posterior, realizado sin justa causa, se pudiera obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior, o dicho uso pudiera ser perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre.*

2. La protección reforzada prevista en el apartado 1 será igualmente aplicable a los nombres comerciales renombrados”.

Si nos retrotraemos a la problemática trasladada, observamos que éste registró la marca en la OEPM en fecha 20 de octubre de 2022, la cual fue efectivamente registrada el 10 de noviembre del mismo año. En este sentido, conviene remarcar que, para que la titularidad del signo distintivo alegado por D^a Rosario represente algún tipo de obstáculo, éste debería de no solo haber alcanzado el grado de distintividad necesario, sino que también tendría que haberse utilizado de manera efectiva con anterioridad al registro efectuado por nuestro cliente. La finalidad de esta prerrogativa busca proteger a los titulares de marcas renombradas frente a aquellos competidores desleales que busquen sacar provecho de las ventajas competitivas logradas por otros comerciantes en el tráfico.

En primer lugar, respecto al supuesto renombre, D^a Rosario se ha limitado a alegar que existe un reconocimiento notorio de su marca por parte de los consumidores del sector, ya que un 40% del mismo vendría a asociar el signo con ella o su empresa. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha venido desarrollando una serie de criterios que permiten determinar cuándo se produce esta distintividad y cuando no:

*“La cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y duración del uso de esta marca, **la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla**⁷, la proporción de los sectores interesados que identifica el producto atribuyéndole una procedencia empresarial determinada gracias a la marca, así como las declaraciones de Cámaras de Comercio e Industria o de otras asociaciones profesionales” (STJ C-108/97 y C-109/97).*

⁷ Como puede observarse, las inversiones hechas por las empresas a la hora de promocionar la marca son aspectos que se tienen en cuenta, no obstante, considero que es el aspecto de menor importancia y no incidiré sobre él, ya que lo relevante pivota sobre la notoriedad y la distintividad.

Ahora bien, como se ha enunciado con anterioridad, las pruebas que se aporten para probar la distintividad “*deben poder demostrar que el signo había adquirido carácter distintivo antes de la solicitud de la marca*”⁸. Esta afirmación resulta clave para abordar el presente conflicto. En el caso de que la marca reivindicada por D^a. Rosario hubiera adquirido ese carácter distintivo con anterioridad, nos encontraríamos ante una situación de gran riesgo para nuestro cliente en el proceso que está incoándose. No obstante, conviene ahora precisar que se entiende por notoriedad.

Para acreditar la notoriedad del signo distintivo, nos servirá de ayuda remitirnos a las directrices que se enuncian por el organismo de la EUIPO, no obstante, las pruebas presentadas por quien alega la notoriedad deben permitir identificar con suficiencia la fecha del uso y el territorio en la que esta ha desplegado sus efectos, lo cual de momento D^a Rosario no ha demostrado.

Según la EUIPO, los estudios de mercado son una prueba perfectamente válida para demostrar la distintividad de un signo, ahora bien, para acreditarlo habrá que recurrir a “*encuestas, sondeos de opinión o cualquier otro tipo de estudio tendente a verificar las actuaciones realizadas por la empresa y el comportamiento del consumidor en relación al signo*”⁹. Además, no lo enunciado con anterioridad debe ser precisado con el hecho de que el carácter distintivo debe ser apreciado en relación con la “*percepción que se presume en un consumidor medio de la categoría de productos o servicios de que se trate, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”¹⁰. Finalmente, conviene precisar que, aun siendo cierto que un hipotético estudio de mercado indicara que más del 40% de los consumidores son conocedores de la marca, no es menos cierto que esta prueba no es concluyente de manera aislada, sino que debe ser complementada con otros elementos probatorios.

Una vez expuesto lo anterior, podríamos afirmar que el riesgo es claramente elevado para el caso en que D^a. Rosario lograra acreditar ese reconocimiento del 40% del mercado, no obstante, el mero hecho de estar ante una marca notoria no concede el

⁸ GÓMEZ CABRERAS, Y., “*Análisis del fenómeno de la distintividad adquirida por el uso del Derecho de Marcas en la Unión Europea*”, UNIR, pág. 36.

⁹ NUÑEZ ROCHA, H., “*La distintividad sobrevenida de las marcas tridimensionales*”, ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO (FACULTAD DE ALCALÁ DE HENARES), 2009, núm. 2, pág. 566.

¹⁰ Sentencia de 13 de septiembre de 2012, asunto T-72/11, EU:T:2012:424.

derecho a alegar un supuesto perjuicio sufrido como consecuencia de la existencia de una marca parecida, sino que deben concurrir una serie de requisitos.

Nos vamos a remitir a los requisitos expuestos en la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 28 de septiembre de 2018, Núm. 1.410/2018**: Según el Alto Tribunal, las marcas que gozan de notoriedad se ven protegidas de manera reforzada en dos vertientes: por una parte, **“el criterio sobre el riesgo de confusión y asociación con los signos notorios ha de ser más riguroso”**, ya su conocimiento por parte del público puede hacer que aquellos signos relativamente diferentes acaben confundiendo o asociándose con ellos, debido a su difusión y conocimiento; por otra parte y como consecuencia de lo anterior, la marca que goza de notoriedad de ve protegida más allá del concreto ámbito comercial en el que se incardina..

En este sentido, ni siquiera es necesario que exista un *“riesgo de confusión entre las marcas contrapuestas”*, entendiéndose por la posibilidad de que el consumidor piense que ha consumido o adquirido el producto perteneciente a la marca prioritaria.

Ahora bien, ya en la **STS de 19 de diciembre de 2008 (rec. 5602/2006)** se afirmó que ***“La interpretación según la cual, si no existe riesgo de confusión o asociación entre los signos no cabe hablar de aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados, ha sido matizada”***. Dicha matización ha sido realizada también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en lo que se refiere a las marcas notorias considera que **“no es exigible que el consumidor confunda o asocie las marcas para apreciar dicho aprovechamiento, sino que considera suficiente que el consumidor establezca un vínculo entre el signo y la marca, siempre que la conozca una parte significativa del público interesado por los productos o servicios amparados por ella”**.

Por lo tanto, la protección de esta notoriedad no solo va a actuar cuando exista riesgo de confusión o de asociación sino también en aquellos casos en que la aspirante *“evoque, sugiera, insinúe o recuerde a la obstaculizadora de tal manera que pueda presumirse la concurrencia de un aprovechamiento indebido de aquélla”*.

Finalmente, el Tribunal Supremo remarca que la apreciación de la vulneración de una marca notoria se producirá tras un análisis pormenorizado de la casuística concreta, no obstante, nos proporciona una serie de criterios poderosos a tener en cuenta:

“- el grado de similitud entre las marcas en conflicto;

- la naturaleza de los productos o servicios para los que se registraron respectivamente las marcas en conflicto, incluido el grado de proximidad o de diferenciación entre dichos productos o servicios, así como el público relevante;

- la intensidad del renombre de la marca anterior;

- la fuerza del carácter distintivo de la marca anterior, bien sea intrínseca o adquirida por el uso;

- la existencia de un riesgo de confusión por parte del público”.

Bajo nuestro criterio, podemos afirmar que existe una gran similitud entre ambas marcas al verse diferenciadas por dos letras, además, en el caso de que la demandante desempeñe su actividad en el mismo sector que nuestro cliente, la similitud no solo sería fonética, sino que, además, existiría un gran riesgo de asociación por parte del consumidor entre ambas marcas. En este sentido, estaríamos ante dos marcas que desplegarían su presencia en el ámbito de la industria musical. A su vez, en caso de ser cierto lo afirmado por D.^a Rosario, la marca gozaría de gran renombre al ser conocida por el 40% del mercado, lo cual es un gran porcentaje de cuota.

En conclusión, teniendo en cuenta lo enunciado *ut supra*, consideramos que el riesgo es altamente elevado de cara al resultado del pleito. Por ello, incidimos en la importancia de llegar a un acuerdo transaccional con expresa renuncia de cualquier acción derivada del presente conflicto ante cualquier jurisdicción para evitar un escándalo que pueda afectar negativamente a la operación en curso.

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.

A nuestro juicio, lo más ventajoso sería tratar de incardinar el supuesto de hecho en la categoría de despido objetivo, por lo tanto, para resolver esta duda, debemos centrar todos los esfuerzos en determinar si la pérdida de cuota de mercado puede ser considerada como motivo suficiente acreditativo del despido objetivo y para ello habrá que acudir a la jurisprudencia

A este respecto, tan solo podemos alegar el despido objetivo si concurre alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción, además, en estos casos tiene sentido reducir gastos como, por ejemplo, salarios de alta dirección, ya que suelen ser los más elevados.

Primeramente, nos gustaría aclarar que en la práctica laboral estos contratos suelen incluir golden parachutes, o blindajes para aquellos casos en que se produzca el despido, además, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, estos blindajes se pueden extender incluso hasta los despidos objetivos, pero al no indicarse lo suponemos inexistente.

El **TSJ de Valencia**¹¹ enjuició un supuesto en el que se analizaba si podía calificarse como despido por causa objetiva el despido de un alto directivo que prestaba servicios para la Fundación Bancaja, por el hecho de haber obtenido resultados de explotación negativos durante tres años consecutivos. En este sentido, el Tribunal consideró acorde a derecho el despido por causas objetivas realizado por la entidad, ya que a la hora de resolver el recurso esgrimió lo siguiente:

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 769/2017, de 22 marzo (recurso 3729/2016).

“El motivo no debe prosperar (...) la actividad de la demandada (...) ha sufrido una disminución paulatina en el periodo comprendido entre los años 2013 y 2015 (...) y que el resultado de explotación de la entidad ha sido negativo desde el año 2013 y que la Fundación no ha generado ingresos suficientes para cubrir los gastos en que incurre para desarrollar su actividad fundacional, determinando la disminución de ingresos y por tanto de volumen de la Fundación una reorganización de los recursos humanos existentes asumiendo la persona que desempeña la Gerencia de la Fundación las tareas inherentes a la función que hasta ese momento desempeñaba el actor de Director Financiero, evitando de esta manera duplicidades y suponiendo la medida una importante reducción en los costes entendemos que concurren causas económicas, de acuerdo con lo indicado en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 52.c) del mismo texto legal”.

También la **STSJ de Galicia**¹² siguió la misma línea al dictaminar lo siguiente:

“El inalterado hecho probado undécimo de la resolución recurrida acredita la concurrencia de la causa en la que se sustenta la amortización del puesto de trabajo del actor. Quedando demostrado que el resultado de explotación de POLIGAL, acumulado desde el año 2007 hasta el año 2012 viene produciendo una variación en todas las anualidades negativa, siendo la del año 2012 de un saldo negativo de 567.382 euros”.

Una vez expuesto lo anterior, podemos afirmar que la jurisprudencia permite despedir a un alto directivo por causas objetivas cuando se den los requisitos para ello. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia, no bastaría con alegar la mera pérdida de cuota de mercado, sino que dicha pérdida de cuota de mercado debe haberse mantenido durante el tiempo suficiente en el tiempo para entender que la situación no puede revertirse y que, a su vez, esa pérdida de cuota conduce a la asunción de unas pérdidas y gastos por la empresa que revistan de la suficiente entidad. Por lo tanto, la adopción de esta medida (el despido) debe acreditarse que conducirá a la reversión total o parcial de la situación económica desfavorable que afecta globalmente a la empresa.

¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 6563/2015, de 23 noviembre. (recurso 3439/2015).

A nuestro entender, la forma de articular jurídicamente este despido sería con base en lo dispuesto en Estatuto de los Trabajadores, ya que, al no hacer referencia expresa el RD de altos directivos¹³ al despido objetivo, podemos acudir al ET debido a la remisión efectuada por dicho RD en su art. 12¹⁴. En este sentido, **el artículo 52.1. c) ET**, en virtud del cual *“el contrato podrá extinguirse (...) cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo”*. Y si observamos **el art. 51.1 ET**, entendemos que concurren causas económicas que permiten calificar el despido como objetivo *“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. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*.

Lo anterior, además, implica que la indemnización que pasaría a corresponderle al alto directivo despedido sería de 20 días de trabajo por año trabajado, de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 53.1.b) ET**.

En conclusión, con los datos obrantes no podríamos dar una respuesta concluyente a la duda trasladada, no obstante, sí que podemos informarle sobre la viabilidad del despido en caso de poder acreditar que, como consecuencia de la pérdida de cuota de mercado, se dan los requisitos del **art. 51 ET** y, por tanto, el despido resultaría procedente.

4. Valore, en relación con las tres contingencias anteriores, cuáles serían los mecanismos contractuales de protección más efectivos para incluir en el contrato

¹³ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

¹⁴ **“Art. 12. Otras causas de extinción.**

Dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”.

de compraventa de participaciones que está negociando el Grupo con los vendedores de la Sociedad.

Desde nuestra experiencia en el mercado de las fusiones y las adquisiciones, consideramos que uno de los instrumentos más apropiados para abordar posibles obstáculos, que dificultan la operación, son las cláusulas de reps and warranties.

Con estas cláusulas vamos a poder otorgar mayor seguridad a la presente transacción, ya que con ella se dan por ciertas las declaraciones realizadas por las partes, cuya veracidad se garantiza contractualmente mediante las warranties a través de penalizaciones.

En primer lugar, respecto de la deuda tributaria, el vendedor deberá manifestar mediante una declaración, recogida en la cláusula, que la situación deudora de la empresa, desde el punto de vista de las sanciones y multas con las autoridades, es la que exactamente ha declarado. Eso sí, todo ello sin perjuicio de que exista otra declaración más genérica en la que el vendedor le declare al comprador que la situación financiera de la empresa es exactamente la declarada.

En este sentido, entendemos que la cláusula debería quedar redactada en los siguientes términos:

“La SOCIEDAD (en adelante el ‘VENDEDOR’) declara que sus deudas totales a fecha 15 de octubre de 2023 son las reflejadas en el presente contrato y que está al día en lo que se refiere a cualesquiera otras obligaciones fiscales.

El VENDEDOR declara que durante el ejercicio del año 2020 no declaró a la AEAT unos ingresos que ascienden al monto total de UN MILLÓN de EUROS (1.000.000 €).

Para el eventual de que la situación declarada por el VENDEDOR resulte no se ajuste a los términos por él declarados en relación con la deuda declarada ut supra, éste se compromete a que se lleve a cabo un reajuste del precio que deberá ser satisfecho al COMPRADOR por la totalidad del gasto asumido por este último como consecuencia del incumplimiento del primero.

El VENDEDOR le garantiza al COMPRADOR la veracidad y exactitud de la totalidad de las declaraciones manifestadas en el presente contrato por un plazo de tres años a contar desde el día de su firma”.

Ahora bien, una operación contractual no puede suponer una imposición de una parte respecto de la contraparte, es decir, dentro de la búsqueda de la maximización de los beneficios y los intereses particulares, ambas partes deben ceder en ciertos aspectos para lograr la mayor reciprocidad posible. Procediendo de dicha manera se reducirá el riesgo de que en el futuro puedan suceder situaciones de impago o incumplimiento derivadas de la frustración de una parte que se ha sentido engañada. Por lo tanto, recomendamos que el apartado del contrato relativo a las reps and warranties se articule a través de su propio régimen de cestas y límites. En este sentido, consideramos apropiado la inclusión de la siguiente cláusula:

“Para el caso de que las declaraciones manifestadas por el VENDEDOR resulten inexactas o inciertas, las partes se obligan a asumir el siguiente sistema de responsabilidades:

Cada declaración efectuada por el VENDEDOR se regirá por su propio sistema de baskets y límites, pero si no hace mención alguna se entenderá que este sistema no rige para dicha declaración. Una vez quede constancia del incumplimiento de alguna declaración, serán de cargo del COMPRADOR los primeros SETENTA Y CINCO MIL EUROS (75.000 €). Una vez superada dicha cantidad nacerá un derecho de crédito en favor del COMPRADOR cuyo valor comenzará con la ya mencionada cantidad, la cual se podrá ver incrementada hasta el límite de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL EUROS (1.500.000 €)”.

Finalmente, consideramos que, debido a la singularidad que reviste esta concreta parte del contrato, cualquier controversia que se suscite en relación con la misma deberá ser sometida a un sistema de resolución de conflictos específicos que otorgue la mayor seguridad, presteza y certeza a las partes a la hora de resolver. En este sentido recomendamos la inclusión de la siguiente cláusula:

“Cualquier controversia que surja entre COMPRADOR y VENDEDOR, como consecuencia de la ejecución o interpretación de las Reps and Warranties que rigen el presente apartado de este contrato, quedará sometida, en la ciudad de Madrid, a la decisión de tres árbitros de experiencia y conocimiento societario probados, encomendándose la administración del arbitraje al Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), conforme a su Reglamento. El idioma del arbitraje será el español”.

En segundo lugar, en relación con el eventual conflicto en materia mercantil derivado de la reclamación efectuada por D^a. Rosario, cabe destacar que la misma puede ser abordada desde el mismo plano con el que se ha abordado el aspecto de la deuda tributaria.

Para otorgar mayor seguridad, no solo a la transacción, sino también a la puesta en marcha de las operaciones de la Sociedad en el mercado, una vez traspasado el capital, consideramos que a través de las siguientes manifestaciones se pueden blindar eventuales disparidades:

“El VENDEDOR declara que el único que afecta a la Sociedad, a fecha de firma del presente contrato, es aquel derivado de una eventual reclamación interpuesta por D^a. Rosario o sus herederos frente a la Sociedad por la vulneración de un derecho industrial de su propiedad”.

El VENDEDOR se compromete a facilitar al comprador toda la documentación relativa a la marca registrada MOTOPAPI.

El VENDEDOR se compromete a la asunción íntegra del importe de un eventual acuerdo transaccional entre la Sociedad y D^a. Rosario o sus herederos, siempre y cuando esta tenga lugar dentro de los tres primeros años tras la firma del presente contrato.

El VENDEDOR se compromete a asumir los gastos totales, costas incluidas, derivados de todas las instancias que comprendan un pleito entre D^a. Rosario, o sus herederos, y la Sociedad como consecuencia de la vulneración de un derecho de propiedad

industrial de su propiedad. El VENDEDOR se entenderá vinculado por la presente obligación si, dentro de los tres primeros años tras la firma del presente contrato, el COMPRADOR recibe cualquier notificación del Juzgado relativa a este asunto. Para el caso en que el VENDEDOR no cumpla con sus obligaciones, el COMPRADOR se verá facultado para rescindir el contrato dentro del citado plazo de tres años.

Se entenderá que el VENDEDOR ha incumplido con sus obligaciones cuando, una vez iniciado el procedimiento, éste no satisfaga al COMPRADOR, cada tres meses, los gastos incurridos por éste último como consecuencia del pleito”.

En tercer lugar, en relación con el directivo que pretende ser despedido, hay que destacar que dicha cuestión aún no representa un riesgo cierto para la sociedad compradora, ya que este directivo todavía no ha sido despedido y, por lo tanto, no existe el riesgo de que este interponga demanda ante los Tribunales. En este sentido, consideramos que la opción más interesante sería la inclusión en el clausulado de un blindaje para la sociedad adquirente durante el proceso de compra:

“El VENDEDOR declara que, en el último año a contar desde la firma del presente contrato, ningún trabajador o alto directivo ha sido despedido.

El VENDEDOR declara que las condiciones laborales de cada trabajador y alto directivo de la Sociedad, manifestadas al COMPRADOR, son verdaderas y exactas.

El VENDEDOR se compromete a no despedir a ningún trabajador durante el periodo de negociación sin informar previamente al VENDEDOR así como recabando previamente su consentimiento.

El VENDEDOR se compromete a asumir la totalidad de los gastos incurridos por el VENDEDOR como consecuencia del incumplimiento de esta declaración. Dicha asunción incluye un eventual procedimiento interpuesto por cualquier miembro de la empresa que haya sido despedido durante el periodo de negociación”.

PARTE 2: El asesoramiento proporcionado por su despacho permiten 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. 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 + PN | 60 |

Cuando se trata de repartir dividendos entre los socios, habrá que estar, principalmente, a las reglas de distribución enunciadas en el **art. 273 LSC**, así como en otros preceptos de esta norma.

En primer lugar, habrán de estar cubiertas las reservas legales y estatutarias. De la documentación facilitada, se observa que el respeto a la reserva legal obligatoria (**art.274 LSC**) se cumple, pues esta es superior al 20% del capital social (20% de 50 = 10).

En segundo lugar, la Sociedad podría repartir dividendos en caso de haber obtenido beneficios, lo cual se ha cumplido ya que estos representan una cifra de cinco millones de euros obtenidos en el ejercicio anterior.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que solo se van a poder repartir dividendos con cargo a beneficios o a reservas de libre disposición, siempre y cuando el patrimonio neto no sea, antes o después del reparto, inferior al capital social.

Si realizamos el reparto de dividendos teniendo en cuenta únicamente lo expuesto hasta ahora, cabe destacar que el reparto total de los beneficios obtenidos, junto con las reservas de libre disposición, provocaría que nos hallásemos incurso en la situación prohibitiva enunciada en el precepto mencionado. Esto sería así por lo siguiente:

$$\text{PASIVO} + \text{PN} = 60$$

$$\text{BENEFICIOS (5)} + \text{RESERVA LIBRE (10)} = 15$$

$$(\text{PN} + \text{PASIVO}) - (\text{BENEFICIOS} + \text{RESERVA LIBRE}) = 45$$

$$\text{PN RESULTANTE (45)} - \text{KS (50)} = -5$$

En conclusión, observaríamos que dicho reparto resultaría en un patrimonio neto inferior al capital social. Por lo tanto, en ese caso resultaría apropiado realizar esta operación repartiendo la mitad de cantidad a cargo de la reserva de libre disposición:

$$\text{PASIVO} + \text{PN} = 60$$

$$\text{BENEFICIOS (5)} + \text{RESERVA LIBRE (5)} = 10$$

$$(\text{PN} + \text{PASIVO}) - (\text{BENEFICIOS} + \text{RESERVA LIBRE}) = 50$$

$$\text{PN RESULTANTE (50)} - \text{KS (50)} = 0$$

Ahora bien, a pesar de lo que acabamos de enunciar, para proceder a repartir dividendos adecuadamente debemos determinar la concreta categoría a la que pertenecen los préstamos participativos, ya que, si éstos tienen la consideración de patrimonio neto, no

de pasivo, se podrán repartir dividendos, pues de lo contrario la cifra del neto sea muy inferior a la del capital social.

Según el **art. 20.1. d)** del **Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica**, los préstamos participativos tienen la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil. Del tenor literal de este precepto podríamos pensar que el debate queda zanjado y que estos préstamos son patrimonio neto. No obstante, la **Disposición Adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de Medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas** desarrolló el artículo anterior de forma que esta consideración como patrimonio neto se reserva para dos ocasiones concretas: Reducción de capital y liquidación de sociedades. Por lo tanto, al no hallarse la sociedad en ninguno de los supuestos enunciados en la normativa citada con anterioridad, habrá que remitirse al régimen general en virtud del cual los préstamos participativos se considerarán como pasivo.

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.

1. 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 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?

Para contestar a la cuestión que se nos traslada, debemos realizar un análisis de los preceptos legales que regulan esta materia, su espíritu, así como la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia sobre el alcance y contenido del derecho de información.

La Ley de Sociedades de Capital reconoce como un derecho básico de los socios, aquél consistente en ser informado (**art. 93. d LSC**).

Existen matices que deben ser tenidos en cuenta a la hora de dar respuesta a esta cuestión, los cuales se aprecian al atender al concreto tipo social de la sociedad en que se va a ejercer el derecho, siendo en este caso una sociedad de responsabilidad limitada. Por lo tanto, habrá que acudir al régimen diseñado para este tipo societario en el **art. 196 LSC**.

En virtud del precepto citado con anterioridad, el socio va a poder solicitar información a los administradores, a modo de una especie de fiscalización de su labor, aquellas aclaraciones u informes que considere, a su juicio, pertinentes. Ahora bien, esta pertinencia se entiende que concurre cuando la información que está siendo solicitada por el socio es estrictamente necesaria para ejercer su derecho de voto en relación con un asunto del orden del día que va a ser objeto de debate en la junta.

Una vez expuesto lo anterior, observamos que el derecho de información del socio no es para nada absoluto sino que deben concurrir una serie de requisitos para su ejercicio. En este sentido, más que para su ejercicio estaríamos hablando de que su ejercicio compelió a los administradores de forma que, debido a este ejercicio, para ellos naciera una obligación concreta de hacer consistente en satisfacer las peticiones concretas. No obstante, como se puede ya ir desprendiendo de este análisis, entendemos que la denegación de la información solicitada no supone en ningún momento que el socio no haya podido ejercitar su derecho. En este sentido suponemos que es todo lo contrario,

ya que la denegación de la información solicitada, siempre y cuando se realice con base en las excepciones recogidas en la norma, implicaría precisamente que el derecho de información ha sido ejercido libremente y de la forma correcta por el socio.

Por lo tanto, entendemos que la información solicitada por el socio, para su observación en sede de Junta General, puede ser rechazada cuando sin ella pueda seguir votando en la misma con pleno conocimiento de causa. No obstante, la decisión final consistente en rechazar dicha petición debe estar ampliamente fundada y motivada, ya que, en caso contrario, el acuerdo social que acabase siendo aprobado por la Junta General podría llegar a ser impugnado por dicho socio como consecuencia de la vulneración de su derecho de información de conformidad con el **art. 204 LSC**. Esto es así porque el acuerdo se habría adoptado vulnerado la LSC al no haberse permitido el ejercicio de un derecho básico inherente a la condición de socio. A su vez, resultará especialmente relevante el momento en que se ejercite este derecho por parte del socio, ya que si se realiza verbalmente una vez realizadas las correspondientes votaciones, en el momento de ruegos y preguntas, no se podrá anular el acuerdo sobre el que versara la pregunta en cuestión (**SAP Madrid de 30 de septiembre de 2022, núm. 710/2022**).

Una vez aclarado lo anterior, debemos destacar que de la redacción legal se desprende que la información solicitada por el socio puede ser facilitada, en atención a su naturaleza, tanto de forma escrita como oral. Es decir, que si a juicio de la Junta General el socio puede ver satisfecho su derecho si se le contesta verbalmente a la duda planteada, éste no podría alegar posteriormente que ha visto su derecho de información vulnerado sin justa causa. Ahora bien, lo cierto es que cuanto más concreta sea la información solicitada por el socio, menos margen existirá para los socios para responder a dichas dudas de manera verbal, ya la concreción puede hacer que la respuesta ofrecida por los administradores resulte insuficiente en atención a lo específico de la pregunta.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, cabe mencionar que la mera proporción de la información no resultará suficiente para acreditar el cumplimiento de la obligación legal existente para los administradores, ya que si la misma no resulta ser completa o se entrega tardíamente, una vez se entiende que la facilitación de la misma durante el

desarrollo de la Junta puede obstaculizar la ejecución de la misma, se considerará que existe incumplimiento.

A pesar de quedar ahora mucho más clara esta cuestión, no puede ser pasado por alto el hecho de que existe una excepción legal que impide a los administradores proporcionar la información solicitada cuando quien o quienes se lo solicitan representan al menos el 25% del capital social de la sociedad. Teniendo esto en cuenta, puede parecer que la cuestión objeto de debate ya habría quedado resuelta puesto que D. Omar ostenta el 25% de dicho capital. No obstante, existe una excepción a la excepción que no se regula en la Ley de Sociedades de Capital sino en el Código Civil, concretamente en el **art. 7.1 CC**. Este precepto impide a cualquier persona, a la hora de ejercitar un derecho, el ejercicio del mismo con manifiesto abuso de él, ya que de lo contrario se estaría actuando con abuso de derecho.

Para considerar el ejercicio de un derecho como abusivo habrá que atender a la casuística concreta de la intención del autor, el objeto de dicho ejercicio y las circunstancias en que se realice. Por lo tanto, a pesar de que el derecho de información haya sido ejercitado por el 25% del capital social, éste se puede topar con el obstáculo del abuso del derecho.

En conclusión, entendemos que si D. Omar está ejercitando su derecho de información en el seno de la Junta General con el objetivo de mostrar su disconformidad con la llevanza de la gestión societaria y, por ende, como un elemento de presión para lograr imponer sus intereses particulares (nombramientos de administradores), podría existir fuertes argumentos para no proporcionar dicha información con base en el abuso de derecho.

Finalmente, en cuanto a la forma en que se debería de proporcionar la información, simplemente indicar que para el caso en que el derecho de información del socio haya sido ejercitado con anterioridad a la sesión de Junta, éste deberá ver satisfechos sus requerimientos, como máximo, el día de antes a la sesión convocada. A su vez, como ya hemos dejado entrever, si el derecho resulta finalmente ejercitado verbalmente durante el desarrollo de la junta, los administradores se verán obligados a facilitar, en el momento, la información solicitada. No obstante, si la complejidad y el volumen de la

información implican la aportación por parte de los administradores de grandes cantidades de documentación, estos podrán aportarla con posterioridad a la reunión, siempre y cuando se realice dentro de un plazo razonable. En este sentido, también se considera válido prorrogar la entrega de la documentación si la entrega de la misma durante la Junta podría llegar a obstaculizar o, incluso, paralizar la misma.

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. 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.

En primer lugar, en relación a las distintas alternativas posibles para que la subfilial catalana deje de estar controlada por la filial, hay que tener presente que existen sendas vías que nos permiten alcanzar ese objetivo, por lo que procederemos a detallarlas.

Venta de participaciones:

Una de las opciones existentes para que la subfilial deje de estar controlada por la filial, sería aquella consistente en que la filial transmita las participaciones sociales de la subfilial, contabilizadas como activo en su balance, y las enajene a la matriz a través del correspondiente contrato de compraventa.

El régimen legal establecido en la Ley de Sociedades de Capital (**art. 107**) hace totalmente libre la transmisión de participaciones sociales, salvo disposición contraria establecida en estatutos, en determinados casos, figurando entre ellos la transmisión en favor de sociedades que pertenezcan al mismo grupo que la transmitente. Ahora bien, lo cierto es que ésta ley no señala lo que debe entenderse por grupo, ya que en el **art. 18 LSC** se hace una remisión expresa al **art. 42 del Código de Comercio** para determinar lo que debe considerarse como grupo. En este sentido, no cabe duda que nos encontramos ante un supuesto de grupo, ya que para que haya uno será necesario que una sociedad del mismo ostente, directa o indirectamente, el control. Además, este control se materializaría concretamente, según la ley, cuando una de las sociedades, por ejemplo, ostente la mayoría de los derechos de voto. Por lo tanto, al tener la filial Summer Sound, S.L. la totalidad de los derechos de voto de Summer Sound Barcelona S.L., podemos afirmar la existencia de grupo y, por ende, de la libre transmisión de las participaciones de la subfilial a la matriz (la Sociedad).

Una vez lo anterior expuesto, hay que señalar que, si las participaciones de la subfilial llegasen a representar más del 25% del activo de la filial, dicha decisión de transmisión tendrá que ser adoptada por la Junta General de la filial de conformidad con las competencias irrenunciables de la Junta establecidas en el **art. 160 f) LSC**. Por lo tanto, habría que proceder conforme a los procedimientos establecidos para convocar dicha Junta. Para celebrarse el acuerdo tendrá que transcurrir al menos más de 15 días desde que se convocó. Al tratarse de una sociedad limitada no se exigirá quorum de constitución y las mayorías necesarias para aprobar el acuerdo tendrán que representar, al menos, un tercio de los derechos de voto al tratarse de un acuerdo ordinario (no se trata de una modificación de estatutos ni modificación estructural).

Por el otro lado, si las participaciones sociales la subfilial no representan al menos el 25% del activo de la filial, la transmisión de éstas sería recomendable que se efectuase por el otro órgano de la filial, es decir, por los administradores de la misma, ya que esta vía es la más rápida al ser la menos burocrática. Cabe destacar que sobre los administradores recae la función de gestionar y representar a la sociedad y es precisamente la primera de estas funciones la que permitiría al órgano de administración llevar a cabo dicha operación. Esto es así porque se entiende que la gestión de la sociedad, según la postura más actualizada, no solo recae sobre actos ordinarios sino

también sobre aquellos que tengan la consideración de extraordinarios y que afecten o alteren la forma financiera o estructural en que se organiza la empresa (hipotecar activos, participar en otras sociedades, operaciones de alto valor económico etc.).

Otra posibilidad sería aquella en la cual la Sociedad, al ser la matriz que ostenta la mayoría del capital social de la filial Summer Sound S.L., usase su mayoría en el capital social de esta última para convocar una junta general en la que se incluyese como orden del día la aprobación de la transmisión de las participaciones de Summer Sound Barcelona a la Sociedad.

En conclusión, esta operación tan solo puede articularse a través de dos de los órganos necesarios de la Sociedad, lo cual también dependerá del porcentaje que representen las participaciones sociales de la subfilial en el activo de la filial. Finalmente destacar que dicha operación deberá de articularse a través de un contrato de compraventa cuyo precio sea justo y razonable, de acuerdo con el mercado, para evitar asimetrías valorativas en los balances de situación.

Ampliación de capital de la Sociedad

Otra posible vía para alcanzar el objetivo propuesto, podría consistir en que la Sociedad lleve a cabo una operación de capital, concretamente un aumento, y que Summer Sound realice una aportación no dineraria de las participaciones sociales de Summer Sound Barcelona a cambio de las participaciones sociales que le correspondan en la Sociedad.

Esta posibilidad consideramos que podría ser interesante si se está pretendiendo llevar a cabo dicho aumento, pero en caso de que dicha operación no resulte necesaria o deseada, creemos que no es recomendable llevarla a cabo al existir otras vías menos costosas y prolongadas para lograr el mismo fin. Ahora bien, si se quiere incidir en ella cabe destacar que sería necesario llevar a cabo la elaboración de otro informe separado que analice dicha operación. No obstante, queremos remarcar que, si se opta por la misma, será primordial cumplir con las exigencias del art. 300 LSC sobre las garantías de los socios de cara a obtener información sobre dichas aportaciones. En este sentido, aunque no sea preceptivo en sede de responsabilidad limitada el informe de experto independiente, ya que rige el régimen de responsabilidad establecido en sede fundacional para este tipo social, consideramos recomendable que se instruya a uno para

que valore las participaciones. Con esto último se obtendrá mayor seguridad para los socios sobre la operación y la sociedad podrá después reflejar un balance acorde con el valor real de los activos que lo componen.

Fusión por absorción

Finalmente, cabría la posibilidad de articular esta operación de transmisión de participaciones, al mismo tiempo que se liquida Summer Sound S.L., a través de una fusión por absorción en la que la Sociedad se fusione con Summer Sound y esta última sea absorbida por la primera.

A través de este procedimiento se terminaría por incluir en el balance de la Sociedad todo aquello que le pertenecía contablemente a Summer Sound, figurando entre ello las participaciones sociales de Summer Sound Barcelona.

En conclusión, esta vía es sumamente interesante teniendo en cuenta los intereses de la Sociedad, ya que al mismo tiempo se estaría logrando: (i) la transmisión de las participaciones sociales de la subfilial, cuya titularidad ostenta la filial, a la matriz; (ii) la liquidación de Summer Sound, S.L. Es decir, se estaría logrando resolver dos conflictos en una misma operación, lo que permitiría agilizar el proceso, lo cual es sumamente interesante.

Liquidación de Summer Sound, S.L.U

Analizando más concretamente el supuesto de la liquidación, debemos señalar que la misma no podría llevarse a cabo por haber incurrido en alguna de las causas de la disolución de pleno derecho o por la concurrencia de alguna de las causas legales o estatutarias (**ex. arts. 360 y 363 LSC**). Ahora bien, la liquidación sí que podrá llevarse a cabo por el mero acuerdo de la junta general, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para la adopción de acuerdos de modificación de estatutos por la junta (**art. 368 LSC**). Es decir, será necesario que voten a favor de la liquidación y disolución de la sociedad más de la mitad de los derechos de voto que componen el capital social, además sin quórum de constitución necesario.

En cuanto al procedimiento, procedemos a enumerar sucintamente los pasos necesarios:

(i) Junta convocada por los administradores con la inclusión de la disolución en el orden del día.

(ii) Que se cumplan los quórums y mayorías indicadas con anterioridad.

(iii) Que el acuerdo por el que se apruebe la disolución se eleve a escritura pública notarial, se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil y, finalmente, éste se publique en el BORME (**art. 369 LSC**).

Una vez disuelta la sociedad, ésta debe proceder a ser liquidada, ahora bien, la liquidación pretende el pago de las deudas y el reparto del activo entre los socios (los liquidadores deben formular inventario del balance a fecha inicial de liquidación), por lo que tan solo habrá que proceder al reparto del activo debido a la inexistencia de deudas. Eso sí, antes de procederse al reparto habrá que llevar a cabo un balance final de liquidación que deberá ser aprobado por la Junta General.

Este reparto deberá efectuarse por los liquidadores de la sociedad, que en defecto de previsión estatutaria serán los propios administradores, de acuerdo con la participación de los socios en el capital social (**art. 392 LSC**). A su vez, se modificará el objetivo social de la sociedad, el cual consistirá en la extinción de la misma.

Finalmente, se procederá a cancelar la inscripción de Summer Sound S.L en la hoja registral del Registro Mercantil de su territorio

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.

1. Cuando nos hallamos ante el supuesto de proceder a la adquisición de un número relevante de acciones que cotizan en un mercado regulado español, debemos observar lo enunciado en la normativa específica para este tipo de sectores. Esto es así porque, al estar regulado el mercado, las transacciones en él realizadas, sobre todo si revisten una especial entidad, deben estar supervisadas para dotar de seguridad a los mercados financieros, lo cual puede derivar en un mayor control por parte de las autoridades que puede ralentizar una operación-

Para proceder a determinar si nos encontramos ante la posibilidad de adquirir una participación significativa, debemos de observar lo enunciado en el **art. 4 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores**. Este precepto establece que estaremos ante una participación significativa cuando se logre, directa o indirectamente, un porcentaje de voto igual o superior al 30 por ciento.

En este supuesto la Sociedad no estaría adquiriendo, como consecuencia de la operación, una participación significativa, lo cual implica que ésta no estaría obligada a realizar una oferta pública de adquisición frente a todos los titulares por la totalidad de los valores y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo de conformidad con el art. 3.1 del RD citado en el párrafo anterior.

Es cierto que de esta manera se evitaría tener que acudir al procedimiento regulado de la OPA, el cual supondría un gran gasto pecuniario y de tiempo, no obstante, a pesar de que la influencia en BIZA fuese a tener en cuenta, no es menos cierto que no se alcanzan los umbrales necesarios exigidos para adoptar acuerdos en sede de junta general si concurren la mayoría de accionistas.

2. La segunda vía planteada, por la que se alcanza esa participación significativa combinando la adquisición de acciones con la suscripción de un pacto parasocial que dirija el sentido del voto en la sociedad en BIZA, podría parecer, en un primer momento, que permitiría sortear fácilmente la burocracia de la OPA. No obstante, hay que precisar una serie de cuestiones que deben de ser tenidas en cuenta si se quiere acudir a esta vía.

Debemos partir de la base de que esta opción requiere de un procedimiento al que habría que someter y al que habría que prestar atención, ya que la celebración de pactos parasociales, que pretendan determinar un sentido concreto del voto en sede de junta general, van a tener que ser comunicados tanto a BIZA como a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Además, esta comunicación deberá acompañar copia de las cláusulas que afecten al derecho de voto. Finalmente, se deberá de depositar el documento en el que conste el pacto parasocial en el Registro Mercantil en el que se haya inscrito BIZA, además de tener que publicarse como hecho relevante (ex. **art. 531 LSC**).

La comunicación de los pactos es absolutamente preceptiva y la sanción que acarreará la falta de cumplimiento de esta obligación llevará consigo la falta de producción de efecto de las cláusulas del pacto parasocial que regulasen las materias objeto de comunicación y depósito.

Esta segunda vía del pacto parasocial no la consideramos recomendable si lo que se quiere es evitar el sometimiento a un procedimiento de OPA, ya que en este caso se estaría obteniendo indirectamente una participación significativa en BIZA, lo cual permitiría un cierto control y, por lo tanto, obligaría a que se lleve a cabo la ya citada OPA. De hecho, el art. 3.1. b) del RD establece específicamente la obligatoriedad de llevar a cabo una OPA cuando el control se logra mediante pactos parasociales con otros titulares de valores. Esto es así porque, en este caso, se atribuiría a una misma persona (BIZA) el porcentaje que ostenta otra (Dña. Natalia) que actúe en nombre propio, pero de manera concertada con otra (BIZA). En este sentido consideramos conveniente reflejar

literalmente lo establecido por la norma para estos supuestos (**art. 5.1. b) RD 1066/2007**):

“Se atribuirán a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan a las siguientes personas: “Los de las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta o de forma concertada con ella. Se entenderá que existe dicho concierto cuando dos o más personas colaboren en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada. Se presumirá que existe concierto cuando las personas hubieran alcanzado un pacto de los señalados en el artículo 112 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, destinado a establecer una política común en lo que se refiere a la gestión de la sociedad o que tenga por objeto influir de manera relevante en la misma, así como cualquier otro que, con la misma finalidad, regule el derecho de voto en el consejo de administración o en la comisión ejecutiva o delegada de la sociedad”.

No obstante, no se estaría obteniendo una participación permitiese una influencia determinante a la hora de adoptar acuerdos en sede de junta general, ya que para adoptar acuerdos ordinarios será necesario, como mínimo, de la mayoría simple de los asistentes. Es decir, que si asiste el 61 por ciento del capital social, y todos emiten voto, no se podrían adoptar acuerdos con la sola participación de la Sociedad y Dña. Natalia. Este control indirecto sería evidente, ya que se ostentaría el 30 por ciento de los derechos de voto. Esto se lograría, por un lado, con la titularidad de las acciones que confieren ese derecho de voto y, por el otro, con la formalización de un pacto que condicionaría el sentido del voto de otro accionista, por lo que conjuntamente se estaría llegando a ese 30%.

3. La tercera opción que se discute sería aquella en la que la Sociedad, sin necesidad de asociarse con ningún tercero para llevar a cabo la operación, llevaría a cabo la adquisición de la totalidad del capital social de BIZA.

En este supuesto recomendamos llevar a cabo una OPA voluntaria por la totalidad de las acciones de BIZA y así realizar, en una sola operación, una

oferta a todos los accionistas por sus acciones. La OPA sería voluntaria, no obligatoria, debido a que no nos encontraríamos incursos en ninguno de los supuestos de obligatoriedad del art. 3 del RD 1066/2007. Esto es así porque el art. 3 despliega sus efectos una vez se ha alcanzado esa participación de control, por lo tanto, si se adquiere el control del 100% tras la operación carece de sentido realizar una oferta sobre acciones propias. En este sentido, cabe destacar que la obligación de realizar una OPA opera con posterioridad a la adquisición, no con anterioridad a la misma en previsión de la adquisición de dicho control.

Al llevar a cabo una operación de esta magnitud, habrá que velar por cumplir en todo momento con los requisitos exigidos para llevar a cabo una OPA voluntaria, los cuales se regulan en el art. 13 del ya citado RD.

En estos supuestos el precio se determinará libremente por quien realice la oferta, cabiendo la posibilidad de que se someta su eficacia a las condiciones que se proceden a exponer, siempre y cuando se pueda proceder a la verificación de su cumplimiento cuando finalice el plazo para aceptar:

- 1) La existencia de un número mínimo de aceptaciones.
 - 2) Que se aprueben modificaciones de estatutos o se adopten por la Junta acuerdos.
 - 3) Que la Junta General de sociedad que realice la oferta acepte ésta.
4. En cuarto lugar, nos detenemos en la consulta relativa a la problemática que podría llegar a representar una eventual concentración de la cuota de mercado entre la Sociedad y BIZA

Podemos afirmar que nos encontramos ante una concentración económica (**arts. 7-10 de la Ley de Defensa de la Competencia**) cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. De hecho, se entenderá que existe dicho control

cuando se ostenten derechos que permitan ejercer una influencia decisiva sobre la empresa mediante cualquier medio que permita influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

De lo enunciado anteriormente observamos que, en caso de llevarse a cabo una OPA, se cumplirían por el momento los requisitos para entender que estamos ante una concentración económica, ya que habría cambiado el control de BIZA como consecuencia de la adquisición de la totalidad de su capital social por la Sociedad. Ahora bien, en el resto de supuestos enunciados con anterioridad, con la salvedad de la OPA voluntaria por el cien por cien, no estaríamos ante un supuesto de adquisición de influencia decisiva en BIZA.

El siguiente requisito que debe cumplirse para entender que nos topamos ante una concentración se produciría cuando concurra alguna de las siguientes dos circunstancias:

- *Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. Siempre y cuando teniendo en cuenta que Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.*
- *Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.*

En el supuesto de que también concurra alguna de las situaciones descritas anteriormente, habrá que proceder, previamente a su ejecución, a notificar a la Comisión Nacional de la Competencia. De hecho, no podrá ejecutarse ésta si no recae autorización expresa o tácita por la Administración y la misma deviene ejecutiva. En este sentido, cabe mencionar que la eventual posibilidad de incurrir en concentración no impide llevar a cabo la OPA, siempre y cuando ésta se notifique a la Comisión Nacional de la Competencia en un plazo de cinco días desde la presentación de la solicitud, en caso de no haber sido notificada con anterioridad. A su vez, será preceptivo que la Sociedad no ejerza los derechos de voto inherentes a las acciones o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión Nacional de la Competencia.

En lo relativo a la notificación a la Comisión, cabe destacar que tendrán que notificar esta situación tanto la Sociedad como BIZA, ya que están obligadas “*conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas*”.

En conclusión, son varios los requisitos que deben cumplirse de manera concatenada para entender que nos encontramos ante una concentración económica, no obstante, aún concurriendo los mismos, la Autoridad competente seguirá valorando la operación de acuerdo a los siguientes criterios.

- a) *la estructura de todos los mercados relevantes,*
- b) *la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,*
- c) *la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,*
- d) *las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,*

e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,

f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,

g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,

h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

5. Finalmente, creemos conveniente abordar la cuestión relativa al hecho de que el administrador de la Sociedad ostenta parte del capital social de la sociedad target.

En este supuesto es claro que nos hallamos ante un conflicto de intereses, ya que en los dos primeros supuestos en los que no se adquiere la totalidad del capital social, podría darse la situación en la que la Sociedad quisiera emitir el voto en un sentido, pero los intereses personales del administrador inversionista fuesen otros. Por lo tanto, el administrador estaría corriendo el riesgo de incurrir en responsabilidad por ir en contra del interés social al velar por los propios. De hecho, el **art. 225.1 LSC** establece que “*Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*”. En nuestra opinión, esta situación tendría que ser resuelta mediante un ofrecimiento de compra al administrador por sus acciones por el precio ofrecido a los demás, la renuncia del administrador o bien su cese en sede de junta general.

En cuanto al supuesto en que la Sociedad adquiere la totalidad del capital social de BIZA, también podríamos estar ante un potencial supuesto de conflicto de

intereses, el cual estaría prohibido expresamente por el **art. 229.1. a) LSC**, el cual no permite que los administradores realicen transacciones con la sociedad. Esta prohibición está excepcionada cuando se trata de operaciones de escasa relevancia que responden a las ordinarias para con los clientes y cuya información no resulta preceptiva para expresar la imagen fiel de la empresa.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, creemos que es latente que, en caso de producirse tal escenario, estaríamos incurso en dicha situación prohibitiva. Esto es así porque la operación en cuestión es un paso vital para que la sociedad en la que el administrador presta sus servicios pueda expandirse y entrar en un mercado cotizado y obtener una rentabilidad por ello. En este sentido, consideramos que el administrador debería de renunciar al cargo, ser cesado o bien vender sus acciones a un tercero para que la Sociedad posteriormente se las compre.

BIBLIOGRAFÍA

MARTÍNEZ LAGO, M.A. y ALMUDÍ CID, J.M., “*Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*”, Madrid, IUSTEL, 13ª ed., 2018.

NUÑEZ ROCHA, H., “*La distintividad sobrevenida de las marcas tridimensionales*”, ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO (FACULTAD DE ALCALÁ DE HENARES), 2009, núm. 2.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de General de la Unión Europea

Sentencia de 13 de septiembre de 2012, asunto T-72/11, EU:T:2012:424 (Sentencia del Tribunal General -Sala Séptima-. Sogepi Consulting y Publicidad, S. L., contra Oficina de Armonización del Mercado Interior -Marcas, Dibujos y Modelos).

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional, N.º 164/1995, de 13 de noviembre de 1995.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 28 de septiembre de 2018, Núm. 1.410/2018.

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 769/2017, de 22 marzo (recurso 3729/2016).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 6563/2015, de 23 noviembre. (recurso 3439/2015).

Sentencias de Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2022, núm. 710/2022.