



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A**  
**LA ABOGACÍA**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS**

**Realizado por:** Sara Llorens Piera

21 de diciembre de 2023

**Tutor:** Fernando Gutiérrez Rizaldos

## ÍNDICE

PARTE 1.....	3
CUESTIÓN 1.....	3
CUESTIÓN 2.....	9
CUESTIÓN 3.....	15
CUESTIÓN 4.....	24
PARTE 2.....	27
CUESTIÓN 1.....	27
CUESTIÓN 2.....	38
CUESTIÓN 3.....	41
PARTE 3.....	46
CUESTIÓN 1.....	46
CUESTIÓN 2.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	62

## PARTE 1

### CUESTIÓN 1

A fin de determinar las garantías necesarias para la adquisición por el grupo de una participación del 51% en el capital social de PRODUCCIONES GASOLINA S.L., ha tenido lugar una auditoría fiscal o *due diligence* fiscal en aras a analizar las posibles contingencias en la compra de la sociedad. Debemos destacar la gran relevancia de la misma, así como las cláusulas que se podrán establecer al respecto ya que es el comprador quien asume los riesgos en la compraventa de empresas.

Como consecuencia de este proceso de *due diligence* fiscal, se ha detectado una contingencia relevante ya que la Sociedad no declaró en la autoliquidación correspondiente más de un millón en ingresos derivados de conciertos realizados a través de la plataforma Tik Tok. Pese a las implicaciones que puede tener en otros impuestos, nos centraremos en las implicaciones en relación con el Impuesto sobre Sociedades ya que es el impuesto que grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas de acuerdo con las normas de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

En aras a una posible investigación de la AEAT sobre el asunto, les planteamos las dos posibles opciones que se podrían plantear en esta situación, así como las ventajas y los riesgos de cada una de ellas.

#### **OPCIÓN 1. REGULARIZAR VOLUNTARIAMENTE LA SITUACIÓN FISCAL**

La primera de las situaciones ante las que se puede encontrar la Sociedad es la de regularizar voluntariamente su situación, lo que implica ponerse al corriente con la Hacienda Tributaria por los ingresos no declarados.

En caso de que la sociedad decidiera regularizar su situación, la Sociedad debe presentar una declaración complementaria, prevista en el art. 122 LGT, ya que de ello resulta un importe a ingresar superior al de la autoliquidación anterior, produciendo un perjuicio para la Administración Tributaria.

Esta regularización voluntaria prevista en el artículo 252 LGT implica que se deberá reconocer y proceder al pago la deuda tributaria *“antes de que se le hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”*.

A esta cantidad de la deuda tributaria se verá incrementada con el pago de los intereses moratorios (previstos para reparar la lesión del derecho sujeto de crédito del acreedor) y los recargos (para hacer frente a los gastos que ocasiona el cumplimiento coactivo de las obligaciones de pago de los tributos).<sup>1</sup>

Un aspecto relevante a tener en cuenta en cuanto al momento de que la cuantía de los intereses y los recargos irán incrementando conforme transcurre el tiempo, por lo que les recomendamos que se regularice la situación lo antes posible.

Por lo que respecta al recargo, debemos tener en consideración el tiempo que ha transcurrido respecto a la finalización del plazo de presentación de la autoliquidación en la que se deberían haber declarado dichos ingresos. En este caso, se trata de unos ingresos percibidos durante 2020 que se deberían haber declarado mediante autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades. Considerando que el periodo impositivo de la sociedad finalizó el 31 de diciembre de 2020, la declaración del Impuesto sobre Sociedades de dicho ejercicio se debía realizar entre el día 1 y el día 25 de julio de 2021. Como la consulta se presentó en septiembre de 2023, han transcurrido más de 12 meses desde la finalización del plazo voluntario. Por tanto, conforme al artículo 27 LGT, el recargo que procede será del 15%.

Asimismo, debemos destacar que el importe del recargo se podrá reducir en un 25% en caso de que el importe de la regularización se realice el ingreso

---

<sup>1</sup> López Martínez, J (Dir.), Pérez Lara, J.M. (Dir.), *Manual Práctico de Derecho Tributario. Parte General*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª edición, p. 682

Por lo que respecta a los intereses de demora, conforme al art. 27.2 LGT, *"En estos casos, se exigirán los intereses de demora por el período transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo"*.

Así, como han transcurrido más de 12 meses, además del recargo previsto en el art. 27 LGT, se exigirá desde el día siguiente al transcurso de los 12 meses los intereses de demora. Por tanto, los intereses de demora serán exigibles desde el 26 de julio de 2022.

Si bien esta opción implica que la sociedad debe desembolsar una cuantía importante de dinero en el momento en que regularice su situación tributaria, resulta de suma importancia destacar las grandes ventajas que de ello se derivan.

La principal ventaja que supone la regularización voluntaria de la situación tributaria es que exime de responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas y, por tanto, no procede la imposición de sanción, sin perjuicio del correspondiente recargo mencionado (art. 179.3 LGT). Con ello, se estaría rectificando la declaración inexacta poniendo de manifiesto la situación económica real del obligado tributario. Así, de este modo, el recargo que deberá pagar la Sociedad al regularizar la situación estaría "sustituyendo" a la sanción<sup>2</sup>. En consecuencia, se está evitando el inicio de un procedimiento sancionador en el que se imponga una sanción a la sociedad.

Asimismo, la regularización también supone una causa de exoneración de la responsabilidad penal por el posible delito, en caso de que exista. Así, conforme a lo dispuesto en el art. 305 CP, *"la regularización de la situación tributaria impide que se les persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales, que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria"*.

Así, destaca la Agencia Tributaria que para que se produzca dicho efecto, se requiere:

- El reconocimiento íntegro de la deuda tributaria, a través de los modelos de autoliquidación correspondientes

---

<sup>2</sup> Choclán Montalvo, J.A., La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones, "Regularización Tributaria", edición nº2, Bosch, 2016

- El ingreso total de la deuda tributaria, que, conforme hemos comentado anteriormente, estará integrada por la cuota, el interés de demora y los recargos devengados.<sup>3</sup>

Ahora bien, para que pueda acogerse a estas ventajas es importante destacar, por lo que respecta al ámbito temporal, y como señala el artículo 252 LGT, dicho reconocimiento de ingresos deberá realizarse antes de que se notifique el inicio de actuaciones de comprobación o inspección.

## **OPCIÓN 2: IGNORAR EL ASUNTO**

Por lo que respecta a la opción de ignorar el asunto, existe la posibilidad de que la Administración no inicie ninguna inspección al respecto y no se tribute por estos ingresos no declarados. Ahora bien, existe un riesgo considerable de que la administración inicie un procedimiento de aplicación de los tributos.

En este sentido, se podría iniciar un procedimiento de inspección tendente a la comprobación de la veracidad y exactitud de las declaraciones presentadas y terminará una vez la Inspección considere que ha obtenido los datos y pruebas suficientes. Al terminar dicho procedimiento, se procede a documentar el resultado en las actas. Resulta de gran relevancia lo dispuesto en el acta de inspección ya que puede contener la regularización de la situación tributaria y la propuesta de liquidación. Dichas actas se podrán firmar con acuerdo, en conformidad o en disconformidad y dicha consideración tendrá implicaciones a la hora de aplicar posibles reducciones a la sanción resultante.

El acta contendrá la cuota del impuesto que se debió pagar, así como los intereses de demora que se hayan devengado conforme a lo previsto en el artículo 26 LGT. En cuantos los intereses de demora, procederá el pago de los mismos cuando finalice el plazo para la presentación de la liquidación o autoliquidación sin que hubiera sido presentada o hubiera sido presentada incorrectamente y resultará exigible durante el tiempo que al que se extienda

<sup>3</sup>

Preguntas Frecuentes AEAT  
<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/otros-procedimientos-tributarios/otros/modelo-770-autoliquidacion-articulo-252-tributaria/preguntas-frecuentes.html?faqId=0ee97057515e2710VgnVCM100000dc381e0aRCRD>

el retraso del obligado. Por ello, resultan exigibles los intereses de demora desde el 26 de julio de 2021 conforme al interés legal del dinero.

Además de iniciar un procedimiento de aplicación de los tributos, se podrá tramitar de forma separada un procedimiento sancionador, conforme a lo dispuesto en el art. 208 LGT<sup>4</sup>, como consecuencia de la posible infracción tributaria.

Es muy importante tener esto en cuenta ya que la extinción de la responsabilidad derivada de las infracciones y sanciones “Se extingue por prescripción por haber transcurrido el plazo para imponer las correspondientes sanciones, que será de cuatro años y que comenzará a computarse desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones”. Por tanto, actualmente se puede exigir responsabilidad por ello al encontrarse dentro de este plazo de cuatro años. Asimismo, se somete al riesgo de que “el plazo se vea interrumpido por cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 189.3 LGT: 1º Por cualquier acción de la Administración tributaria realizada con conocimiento formal del interesado tendente a la imposición de la sanción correspondiente”.<sup>5</sup>

A la hora de determinar la infracción tributaria (dentro de los tipos contemplados en la LGT en los artículos 191 a 206 bis), se deberá analizar si se ha producido o no un perjuicio para la Administración. En nuestro caso, consideramos que se ha producido un perjuicio para la AEAT al dejar de ingresar los ingresos derivados de la actividad. En concreto, la infracción tributaria se refiere a la infracción prevista en el art. 191 LGT, por dejar de ingresar dentro del plazo establecido para ello la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo. Dicha infracción podrá ser considerada leve, grave o muy grave, correspondiendo una multa pecuniaria proporcional sobre la base de la cuantía de un 50% en caso de ser considerado infracción leve, 50-100% en caso de que la infracción sea considerada grave y entre un 100-150% en caso de que la infracción sea considerada muy grave. No obstante, podrán resultar aplicables una reducción del 30% por conformidad con la regularización de la cuota e intereses de demora que se practique por la Administración y una reducción del 40% por ingreso en periodo voluntario y conformidad con la sanción.

---

<sup>4</sup> López Martínez, J (Dir.), Pérez Lara, J.M. (Dir.), *Manual Práctico de Derecho Tributario. Parte General*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª edición, p. 682

<sup>5</sup> López Martínez, J (Dir.), Pérez Lara, J.M. (Dir.), *Manual Práctico de Derecho Tributario. Parte General*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª edición, p. 680

Por otro lado, otra de las grandes implicaciones de esta opción es que se exija responsabilidad penal por una posible comisión del delito tipificado en el artículo 305 del CP, dentro el Título XIV “De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”. En concreto, el tipo penal tipifica que:

*“1. 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.”*

Asimismo, el artículo 305 bis del CP prevé agravaciones de la pena en determinados supuestos, como cuando la cuota defraudada sea superior a 600.000 euros, entre otros. En este caso, la cuota defraudada es superior a 120.000 euros. No obstante, aunque se supere el mencionado umbral, para que tenga la consideración de delito, la conducta típica debe reunir los elementos del tipo. Por ello, existe un potencial riesgo de que se exija responsabilidad conforme a este tipo penal.

## **CONCLUSIONES**

Pese a que ya han transcurrido dos años sin que la Administración haya iniciado un procedimiento sobre estos ingresos no declarados, la Administración tributaria todavía dispone de tiempo para poder comprobar la situación e iniciar un procedimiento sancionador por los ingresos no declarados.

Por ello, no recomendamos asumir el riesgo de que Hacienda inicie dichos procedimientos en atención a las implicaciones fiscales que ello supondría, implicando un grave perjuicio económico al tener que hacer frente a la cuota tributaria, junto con los intereses devengados

más las correspondientes sanciones interpuestas en el procedimiento sancionador, así como posibles responsabilidades penales derivadas. Con todo, recomendamos seguir una planificación fiscal no agresiva y regularizar la situación para estar al corriente de las obligaciones tributarias.

## CUESTIÓN 2

La Ley de Marcas distingue en su regulación entre prohibiciones absolutas y relativas. Las prohibiciones absolutas, contenidas en el artículo 5, se refieren al signo en sí mismo, mientras que las relativas se refieren a aspectos que podrían ser registrados, pero que entran en conflicto con derechos anteriores.

En el presente supuesto, nos encontramos ante una prohibición relativa ya que, si bien la marca “MOTOPAPI” podría ser utilizada por sí ya que no podemos considerar que contravenga ninguna prohibición absoluta, cabrá entrar a analizar si estamos ante una prohibición relativa al entrar en colisión con la marca anterior “MOTOMAMI”, que pese a que no se encuentra registrada, puede existir riesgo de confusión.

Conforme a lo dispuesto por la OEPM, se puede considerar como marcas anteriores a efectos de la protección del art. 6 LM:

- a) *Las marcas ya registradas que tuvieran una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud de registro*
- b) *Las marcas de la Unión Europea registradas que, aun teniendo una fecha de presentación posterior a la solicitud de registro presentada ante la OEPM, hayan reivindicado válidamente la antigüedad*
- c) *Las solicitudes de marcas reseñadas en los números 1 y 2 siempre que resulten finalmente concedidas*
- d) *Las marcas no registradas que puedan prevalecerse de lo previsto en el art. 6 bis del CUP.*

Por tanto, en este caso, cabrá estudiar si se trata de una marca anterior si puede prevalecerse de lo previsto en el art. 6 bis del Convenio de la Unión de París. Dicho precepto protege pues las

marcas no registradas que fueran notoriamente conocidas en España de forma anterior al registro de la marca.

En este caso, no se puede aplicar dicha protección contenida en el artículo 8 ya que, pese a que Doña Rosalía alega que se trata de una marca de renombre, no está registrada. Así, la Oficina Española de Patentes y Marcas viene entendiendo que *“las marcas no registradas que fueran notoriamente conocidas en España desde una fecha anterior a la de presentación o prioridad del signo presentado a registro (...) quedan excluidas de protección por la vía del artículo 8 de tal manera que deberán oponerse a solicitudes de signos posteriores sólo por la vía del artículo 6.1 de la Ley de Marcas.”*<sup>6</sup>

Por tanto, al tratarse de una marca de renombre no registrada, ésta goza de protección ya que no nos encontramos ante un “sistema registral puro” al contener protección para las marcas notoriamente conocidas no registradas. En consecuencia, Doña Rosario, se encuentra facultada para reconocer su marca.

Sin embargo, deberemos acudir a la protección contenida en el artículo 6 de la LM, sin que se pueda resultar de aplicación la protección reforzada de las marcas de renombre.

Antes de la reforma, se venía distinguiendo en su artículo 8 entre marca notoria y marca renombrada. No obstante, con el Real Decreto Ley 23/2018 desapareció el concepto de marca notoria, quedando únicamente el concepto de marca con renombre. Así, el citado precepto establece una protección especial para las marcas de renombre.

(i) Es importante que quede probado esta identidad o similitud a los que se refieren de la marca renombrada deben concurrir en el momento en que Doña Rosario interpone la acción. Es decir, probar que efectivamente son anteriores en el tiempo.

(ii) Elemento cuantitativo: conocimiento por el público. En nuestro caso, Doña Rosario alega un reconocimiento de la marca de renombre por un 40% de los consumidores del mercado. En este sentido, como destaca la jurisprudencia del TJUE, “el riesgo de confusión resulta (...)”

---

<sup>6</sup> Oficina Española de Patentes y Marcas, “Guía de Examen de Prohibiciones Relativas de Registro”, 2020, p.3

más elevado cuanto mayor sea la fuerza distintiva de aquella”. (Sentencias de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, 23 y 25, y de 22 de junio de 1.999, C-342/97-.

El TJUE en la sentencia General Motors determina que la Directiva establece un “umbral de conocimiento”. Así, establece que:

*“El público entre el cual la marca anterior debe haber adquirido renombre es el interesado por esta marca, es decir, dependiendo del producto o del servicio comercializado, podrá tratarse del gran público o de un público más especializado, por ejemplo, un sector profesional determinado”.*<sup>7</sup>

Y añade que

*“ni la letra ni el espíritu del artículo 5, apartado 2 de la Directiva, permiten exigir el conocimiento de la marca por un determinado porcentaje del público”.*

Con ello, el TJUE da a entender que no se puede exigir un determinado porcentaje de conocimiento, sino que se deberá estar al caso concreto. Pese a que no se pueda fijar un umbral de reconocimiento mínimo, cuanto mayor sea el porcentaje, mayor probabilidad de considerar que goza de renombre. Por ello, si la marca es conocida por un número suficiente de personas, ello conlleva que con la marca posterior el público pueda establecer una relación entre ambas marcas, perjudicando la marca anterior. Así, en el caso que nos ocupa, podemos considerar que un 40% de conocimiento de los consumidores del mercado se puede considerar como parte significativa del público.

Asimismo, la sentencia mencionada considera que el juez nacional debe examinar y tener en consideración “la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración de su uso, así como la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla”.<sup>8</sup>

El titular de la marca que reclama el carácter de renombre deberá probar el renombre de la marca. Podemos recomendar que, en aras a probar el conocimiento por parte del mercado, se

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 14 de septiembre de 1999, asunto C-375/97, General Motors Corporation.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 14 de septiembre de 1999, asunto C-375/97, General Motors Corporation.

podría realizar un sondeo de opinión o un estudio del mercado en el cual el público relevante asocie la marca MOTOMAMI con Rosalía.

Por otro lado, Doña Rosalía podría probar que se ha producido una duración en el uso de la marca en el mercado. A mayor duración de dicho uso, se puede considerar mayor número de consumidores susceptibles de haber entrado en contacto.

### (iii) Riesgo de confusión

El art. 6.1 b) de la Ley de Marcas establece que no podrán registrarse los signos que por ser idénticos o semejantes, exista un riesgo de confusión en el público. Este riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación. Por tanto, a la hora de valorar este riesgo de confusión “ se va a hacer una valoración en base a tres aspectos: fonético, gráfico y conceptual, sin perjuicio de que la semejanza requiera una estimación de conjunto o global sobre el grado de similitud o diferencia entre ellos.”<sup>9</sup>

Las denominaciones “MOTOPAPI” y “MOTOMAMI” se parecen mucho fonéticamente ya que contienen las mismas vocales y consonantes (exceptuando únicamente dos) y, en el mismo orden. Asimismo, se componen del mismo número de letras, con el mismo número de sílabas y con la misma sílaba tónica.

Asimismo, la marca podría confundirse fácilmente ya que, a nivel gráfico, únicamente cambian dos letras.

Por último, ambas palabras giran en torno al mismo concepto. La primera parte de la palabra es coincidente en ambos casos “MOTO” y se sigue en cada uno de ellos por un nombre cariñoso al que se pueden suelen denominar a los padres como son “PAPI” y “MAMI”. Por tanto, conceptualmente, también ambas giran en torno al mismo concepto de MOTO + evocación de un término muy similar relacionados con las denominaciones de los miembros de la familia.

---

<sup>9</sup> Oficina Española de Patentes y Marcas, “Guía de Examen de Prohibiciones Relativas de Registro”, 2020, p.5

Asimismo, también se observa una identidad respecto a los productos y servicios ya que podemos pensar que ambas están relacionadas con el sector musical.

A continuación, se debe realizar una valoración del riesgo de confusión o asociación.

Conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de enero de 2006, asunto C-361/04 P, Ruíz-Picasso, *“La apreciación del riesgo de confusión depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que pueda hacerse de ella con el signo utilizado o registrado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados. El riesgo de confusión debe, pues, apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes.”*

Por otro lado, se considera que existe riesgo de asociación cuando “el público establece un vínculo entre los titulares del signo y de la marca y los confunde (riesgo de confusión indirecta o de asociación).<sup>10</sup>

En nuestro caso, valorado todo en su conjunto, podemos considerar apto para generar un riesgo de confusión en los consumidores o, como mínimo, un riesgo de asociación.

Resulta ilustrativo el pronunciamiento de la AP de Barcelona<sup>11</sup> en el supuesto de la marca “Dinosaurus” confirma que la misma tiene la consideración de marca renombrada. En este caso, si bien considera que no existe un riesgo de confusión como tal con “Gallesauros”, sí que existe una gran similitud entre ambas, pudiendo provocar en el consumidor la creencia de que ambas se encuentran relacionadas. Así, de este vínculo se deriva un indebido aprovechamiento del renombre.

(iv) Inversión de grandes sumas en campañas promocionales y de publicidad

Finalmente, otro criterio utilizado por los tribunales para determinar indicios en el renombre de la marca entre compradores reales o potenciales son las campañas de promoción larga,

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, Sabel.

<sup>11</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona nº 629/2020, de 23 de abril de 2020

intensa y amplia, la cuantía del gasto en promoción, características de la estrategia promocional y los tipos de medios utilizados. Para probar estas inversiones por Doña Rosalía, recomendaremos aportar los materiales publicitarios y de promoción en las que se refleje las grandes sumas que ha invertido en publicidad (más de 10 millones de euros sólo en España).

Con todo, consideramos que Doña Rosario dispone de unos argumentos sólidos de defensa y que la acción podría prosperar.

Desde un punto de vista de la Sociedad, si bien Doña Rosario dispone de argumentos sólidos, la Sociedad podría argumentar que la OEPM no examina de oficio las infracciones relativas, sino que se debe presentar la correspondiente oposición. Es por ello por lo que Doña Rosario debería haberse presentado la correspondiente oposición al registro de la marca en el plazo de 2 meses. No obstante, Doña Rosario no se opuso y, al no haberse presentado ninguna oposición, la OEPM concedió su registro el 20 de octubre de 2022.

Pese a que no conste su oposición, Doña Rosario habrá instado la nulidad de la marca. No obstante, la Sociedad deberá invocar lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Marcas que establece que *“Una solicitud de nulidad basada en una marca anterior no prosperará si no hubiese prosperado en la fecha de presentación o en la fecha de prioridad de la marca registrada posterior por alguno de los siguientes motivos:*

- a) Que la marca anterior, susceptible de ser declarada nula en virtud del artículo 5, apartado 1, letras b), c) o d), aún no hubiera adquirido carácter distintivo a tenor del artículo 51, apartado 3.*
- b) Que la solicitud de nulidad se base en el artículo 6, apartado 1, letra b), y la marca anterior aún no hubiera adquirido un carácter suficientemente distintivo para fundamentar la existencia de riesgo de confusión, a tenor del citado artículo 6, apartado 1, letra b).*
- c) Que la solicitud de nulidad se base en el artículo 8, apartado 1, y la marca anterior aún no hubiera adquirido renombre a tenor de dicho artículo 8, apartado 1.”*

Así, la Sociedad podrá argumentar y probar que no se ha adquirido un carácter suficientemente distintivo y que, en consecuencia, la solicitud de nulidad de la marca no debe prosperar.

### CUESTIÓN 3

A continuación, pasaremos a examinar el posible despido de D. Patricio Quevedo, Director General en la sociedad en las Islas Canarias, el cual se encuentra vinculado por un contrato de alta dirección.

La relación laboral de Alta Dirección se encuentra regulada en el art. 2 del Estatuto de los Trabajadores como una relación laboral especial. Ello implica que las notas de dependencia y ajenidad no son predicables en el mismo sentido y con la misma intensidad que respecto a la relación laboral común.

Al personal de Alta Dirección le resulta de aplicación una regulación específica, prevista en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Conforme a lo previsto en el art. 3 del Real Decreto de Alta Dirección, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas del RD 1382/85. Las demás normas de legislación laboral común (incluido el Estatuto de los Trabajadores), únicamente serán aplicables cuando se realice una remisión expresa por el RD 1382/85 o cuando así se haga constar específicamente en el contrato. En lo no regulado por el RD o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

Con ello podemos observar que se aplica de forma prioritaria es la autonomía de la voluntad de las partes, mientras que lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores únicamente aplica de una manera muy residual cuando son las partes las que lo pactan o así se determina en el Real Decreto al remitirse expresamente.

Por lo que respecta a la propia extinción, existen dos grandes bloques de causas de extinción:

- (i) Extinción por voluntad del alto directivo (artículo 10 RD 1382/1985)
- (ii) Extinción por voluntad del empresario (artículo 11 RD 1382/1985)

No obstante, el RD también prevé un tercer supuesto:

(iii) Otras causas de extinción (artículo 12 RD 1382/1985). El artículo establece que la relación laboral especial se podrá extinguir por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

A continuación, pasaremos a examinar en cada uno de los supuestos, las características básicas de los mismos y cuál será la indemnización correspondiente.

### **(i) Extinción por voluntad del Alto Directivo**

Por lo que respecta a la extinción por voluntad del Alto Directivo, ésta puede ser sin causa por baja voluntaria del alto directivo y también puede ser con causa.

Resulta relevante destacar los supuestos en los que se entiende extinguida la relación del Alto Directivo con causa. Además de los supuestos previstos en el ET, se prevé como causa los supuestos de cambio de control, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios.

### **(ii) Extinción por voluntad del empresario**

#### **1. DESISTIMIENTO**

Resulta relevante destacar que se puede extinguir el contrato por voluntad del empresario sin que se deba justificar la causa del mismo. Con ello, vemos como se trata de una excepción al sistema general español que determina que siempre que el empresario despide, tiene que haber una causa. Ello tiene su causa de ser ya que el contrato de Alta Dirección se basa en una recíproca confianza entre las partes. Por tanto, en aquellos supuestos en los que se considera que se ha perdido la confianza, el empresario podrá extinguir el contrato sin justificación alguna.

En este caso, el Alto Directivo tiene derecho a la indemnización pactada en el contrato o, en su defecto, la indemnización legal de 7 días de salario en metálico por año de servicio con el

límite de 6 mensualidades (indemnización mínima obligatoria conforme a los pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>12</sup>).

En cuanto a los requisitos formales, se deberá comunicar por escrito y se debe respetar el plazo de preaviso de 3 meses (que se puede ampliar a 6 meses).

## **2. DESPIDO DISCIPLINARIO**

Asimismo, el contrato podrá extinguirse basado en incumplimiento grave y culpable del alto directivo.

En caso de despido disciplinario, el despido puede tener las siguientes calificaciones.

- (i) Despido procedente. Si es procedente, no existe derecho de indemnización.
- (ii) Despido improcedente. Las partes deben acordar si se produce la readmisión o el abono de la indemnización. En el supuesto de que no se opte, se entiende que se opta por la indemnización. En este caso, corresponde la indemnización pactada (blindaje) o, en su defecto, indemnización de 20 días de salario en metálico por año de servicio hasta un máximo de 12 mensualidades.

Por lo que respecta a las formalidades del despido disciplinario, se debe estar a lo previsto en el art. 55 ET. No obstante, se encuentra excluido de las formalidades establecidas en los convenios colectivos porque al alto directivo no le aplica el convenio colectivo. Es importante destacar que, en caso de desistimiento, tiene que haber un preaviso igual de 3 o 6 meses.

### **(iii) Otras causas de extinción**

El artículo 12 del Real Decreto de Alta Dirección establece que la “relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los

---

<sup>12</sup> STS (Social Pleno) de 22 de abril de 2014, rec. 1197/2013

Trabajadores”. Por tanto, entendemos comprendidas dentro de otras causas de extinción, el despido objetivo.

En caso de despido objetivo, la notificación de la extinción debe ir acompañada de la puesta a disposición de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, salvo que el directivo haya pactado una indemnización superior para el caso de despido objetivo. Otra cuestión que nos podemos plantear sería en el supuesto en que se declarase la improcedencia del despido objetivo y no se hubiera pactado indemnización alguna. Al respecto, tendríamos otra cuestión al considerar cuál sería la cuantía a pagar ya que no se establece expresamente la misma, pero el art. 11.2 RD Alta Dirección establece que los 20 días de salario por año de servicio es la cuantía máxima. Pese a que existen pronunciamientos judiciales que se pronuncian a favor de que en caso de despido objetivo improcedente se debería pagar la cuantía de 20 día de salario por año trabajado, no resulta lógico que se indemnice con la misma cuantía un despido objetivo procedente y un despido objetivo improcedente, sin efectuar diferenciación alguna. En este sentido, también existen pronunciamientos de los tribunales, como el Tribunal Superior de Galicia en su sentencia de 30 de enero de 2015.

Examinados los supuestos de extinción de la relación del Alto Directivo, podemos ver como, si no se pacta lo contrario, el Alto Directivo será indemnizado con una cuantía inferior a la que corresponde el Estatuto de los Trabajadores. Así, en caso de que no se hubiera pactado una cláusula de blindaje, el Estatuto de los Trabajadores resulta más protector que el Real Decreto de Alta Dirección ya que el ET parte de una relación de desequilibrio entre el empresario y el trabajador común. Es por ello por lo que cobran gran relevancia las cláusulas de blindaje ya que nada impide que se puedan pactar indemnizaciones superiores a las previstas en el RD de Alta Dirección, evitando una desprotección de los altos directivos y otorgando seguridad a los mismos.

Asimismo, debemos destacar la importancia de que dichas cláusulas de blindaje se encuentren bien redactadas para evitar posibles conflictos judiciales acerca de su interpretación y alcance, estableciendo los supuestos de despido en los que se debe entender que se deberá indemnizar conforme a dicha cláusula.

En este caso, no disponemos de concreción suficiente ya que únicamente conocemos que “en caso de despido, deberá ser indemnizado con 900.000 euros” y, por tanto, cabría plantearse qué supuestos cubre la indemnización pactada.

En primer lugar, pese a que no lo establezca expresamente, la cláusula de blindaje no cubrirá el supuesto de despido disciplinario, debido a un incumplimiento grave del Alto Directivo. No obstante, en atención a los hechos comunicados, no podemos considerar que estemos ante un supuesto de despido disciplinario ya que no se ha producido un incumplimiento grave y culpable del Alto Directivo.

Ahora bien, sí que procederá la indemnización cuando la decisión sea tomada por la empresa, entiendo que, conforme a los pronunciamientos de los Tribunales que a continuación se expondrán, se produce en los supuestos de desistimiento empresarial y cuando el despido es considerado improcedente.

En primer lugar, el Tribunal Supremo considera que una cláusula de blindaje pactada para caso de despido, se extiende a los supuestos de desistimiento. En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo entiende que cuando se menciona sólo el despido improcedente en la cláusula de blindaje, cabe entender también incluido los supuestos de desistimiento. Al respecto establece que *“la interpretación contraria conduce al absurdo, pues basta que el empresario presente su decisión extintiva como un desistimiento que no necesita invocar causa, y no como una resolución por incumplimiento del alto directivo, para que se excluya la indemnización, aplicando sólo el preaviso de tres meses y la indemnización mínima de siete días por año de servicio.”* Con ello, el Tribunal Supremo trata de evitar que el cumplimiento de la obligación pactada quede al arbitrio del empresario y entiende que *“la conclusión a la que conduce vulneraría la regla interpretativa del artículo 1281.2º del Código Civil, pues el sentido literal de las palabras (indemnización por despido improcedente y no por desistimiento empresarial sin causa) contradice la intención evidente de los contratantes, que debe prevalecer sobre aquélla y que no puede ser otra que la de aplicar la indemnización en aquellos casos en los que el empresario no acredita una causa justa para extinguir la relación.”*<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 de junio de 1996, nº rec. 2469/1995

Asimismo, aunque únicamente se haya pactado la cláusula de blindaje para despido disciplinario declarado improcedente, opera también en caso de despido objetivo declarado improcedente. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Barcelona establece que:

*“el tema que en definitiva se plantea es que si esta declaración de improcedencia porque no concurren las causas que alega la empresa, ha de hacerse equivalente en cuanto a las consecuencias indemnizatorias a las que constan en el contrato, para el supuesto de desistimiento o de despido disciplinario declarado improcedente. Y hemos de llegar a una conclusión afirmativa por cuanto la base e las cláusulas de blindaje son la protección frente al desistimiento de la empresa, esto es que la empresa unilateralmente decida prescindir de los servicios, porque llega a la conclusión de que no le interesa y otra es el caso de que el despido que la empresa había planteado se declare improcedente. Solo se habla del disciplinario, pues los motivos que se regulan obedecen a rescisión por "voluntad de la empresa", o por incumplimiento del trabajador, pero es que el planteamiento de un despido objetivo cuya causa no se prueba, es equivalente desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas a la inexistencia de esa causa, con lo cual si la causa que alega la empresa no existe, está haciendo un despido sin causa, esta desistiendo de la prestación de servicios del trabajador; en consecuencia estamos en el supuesto que se ha pactado como indemnizable, pues de otra manera se estaría aceptando que por el mero hecho de nombrar la acción, se autoexcluiría la empresa, sin analizar el fondo, de pagar las indemnizaciones pactadas”.*<sup>14</sup>

Desde nuestro punto de vista, resulta acertado el razonamiento que realiza el Tribunal Superior de Justicia ya que si únicamente opera la cláusula de blindaje para despido disciplinario declarado improcedente, resultaría muy fácil para el empresario eludir la aplicación de dicho blindaje ya que en todos los supuestos formalizará un despido objetivo sin acreditar las causas del mismo para evitar pagar la indemnización pactada.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo entiende que “el término improcedentemente no puede ser interpretado como una remisión o referencia exclusiva al despido improcedente de

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona (Sala de lo Social), de 1 de septiembre de 1999, nº rec. 909/1999

los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, sino que debe ser entendida la frase comentada como alusiva a cualquier extinción o rescisión de la relación laboral que se haya efectuado sin contar con la voluntad del empleado y que no haya sido causada por un incumplimiento grave de éste”. La sentencia citada añade que “lo más razonable es que el empleado no tenga derecho a percibir indemnización alguna en los ceses que sean debidos bien a su voluntad bien a un incumplimiento contractual grave cometido por él, pero, en cambio, en todos los demás supuestos de extinción de la relación de trabajo lo lógico es que tenga derecho a percibir una indemnización pactada.”<sup>15</sup>

Con todo, entendemos que la relación de Alta Dirección supondrá una extinción por voluntad de la empresa en los supuestos de desistimiento empresarial y en los supuestos en los que el despido se haya declarado improcedente, debiéndose indemnizar en dichos casos al Alto Directivo con la cuantía de 900.000 euros.

Ahora bien, situación distinta sería la que nos encontraríamos si se tratara de un despido objetivo declarado procedente. Cabe pensar que, conforme a los pronunciamientos de los tribunales, para que la indemnización pactada en la cláusula de blindaje cubra los supuestos de despido objetivo declarado procedente, se deberá haber pactado expresamente en la cláusula de blindaje. Así, el TSJ de Madrid establece que:

“Es condición sine qua non para el pago de la indemnización que se señala, que la relación laboral especial de Alta Dirección sea extinguida por voluntad de la empresa, lo que se producirá sin duda en los supuestos de desistimiento empresarial e igualmente en aquellos en los que la decisión extintiva sea declarada improcedente, pero es claro que en supuestos como el que acontece, de extinción del contrato por causas objetivas realmente constatadas en la litis, declarándose por ello procedente, la causa de la ruptura del vínculo no es la voluntad de la empresa sino precisamente esa causa objetiva que determina la amortización del puesto de trabajo del actor y que es distinta de la mera voluntad de la empresa, en tanto en cuanto ésta carece de un motivo legalmente prevenido y se basa en razones subjetivas o de oportunidad que se erigen en sí mismas como causa para la patronal, careciendo de justificación objetiva, y aquélla, por el contrario, está regulada en la Ley determinando la extinción del contrato cuando se dan los requisitos objetivos que la misma configura, que escapan

---

<sup>15</sup>Sentencia Tribunal Supremo (Social), sec. 1ª, de 21 de mayo de 2004, rec. 2707/2003

de la voluntad del empresario y son anteriores y predeterminantes de la decisión extintiva, que solo puede adoptarse con procedencia si los mismos preexisten, y por consiguiente hemos de concluir que no es aplicable al presente caso la indemnización prevenida en la cláusula que examinamos, debiendo estar a la establecida en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, dado que el artículo 11 del R.D. 1382/1985 únicamente se refiere al despido disciplinario y no al despido objetivo, sin perjuicio de lo cual, el artículo 12 permite la extinción del contrato de alta dirección por las mismas causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de Trabajadores, entre las que sin duda está la extinción por causas objetivas, y esta indemnización, que no regula causas especialmente el meritado Real Decreto, ha de ser también para los altos directivos la fijada por el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores.”<sup>16</sup>

Por tanto, en el supuesto que se declarase que se trata de un despido objetivo procedente, se entenderá que el empresario debe poner a disposición una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Finalmente, otra cuestión que hemos estudiado al respecto es que efectivamente se trate de un alto directivo. Pese a que en este caso, Don Patricio se haya calificado como “Alto Directivo”, lo relevante para determinar si le resulta de aplicación lo dispuesto para los Altos Directivos no es el nombre que le den las partes en el contrato, sino efectivamente las funciones realizadas por el Alto Directivo.

Así, el Tribunal Supremo señala que: *“Han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento” (...)* “lo que comporta no una mera concesión formal del nomen sino una efectiva atribución de facultades de dirección así como del poder empresarial de decisión, de lo que son suficientemente indicativos la expresa referencia a su actividad gerencial y directiva en los documentos acompañados por ambas partes ..., la constancia de su situación en la cúpula del organigrama de la sociedad demandada ..., la alta retribución concedida ..., y la propia definición que el actor realiza en la demanda de cuál fuere el objeto de la actividad que le fue encomendada al firmarse el

---

<sup>16</sup> Sentencia del TSJ Madrid (Social), nº 305/ 1998, de 14 de abril de 1998, rec. 5722/1997

*contrato, consistente, según afirma, en proceder al reflotamiento de la sociedad... >>, que no obsta a la conclusión expresada << el hecho de que determinadas facultades le hubieran sido atribuidas mancomunadamente con otros tres ...: se trata, en definitiva, de facultades atinentes al ejercicio de "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa"»<sup>17</sup>*

En nuestro caso concreto podríamos plantearnos si las funciones que ejerce Don Patricio son realmente de Alta Dirección ya que es Director General de la Sociedad en las Islas Canarias y quizás no cumple con las tres características típicas del concepto de Alto Directivo, como son el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad y sólo limitadas por criterios e instrucciones emanadas de la persona u órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad<sup>18</sup>. Ahora bien, pese a que la Sociedad podría alegar que no se trata de un contrato de Alta Dirección para evitar pagar la cuantía pactada en la cláusula de blindaje y pagar una cuantía menor, debemos tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha determinado que, aunque se pruebe que la relación no fuera realmente de Alto Directivo sino que fuera un trabajador común, se deberá abonar la cuantía pactada como blindaje. En el supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de la doctrina, la empresa CMI Filippini, S.L firmó con el trabajador que ostentaba la categoría de director comercial, un contrato de trabajo especial de alta dirección.

La empresa alegaba que el error al firmar un contrato de alta dirección viciaba el contrato y por tanto, lo invalidaba o determinaba su nulidad. Por tanto, entendía que no se debía aplicar las cláusulas del contrato que determinaban la indemnización en caso de extinción al confundir al Director Comercial que se contrataba que era alto cargo directivo con el alto directivo. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil, para que el error en el consentimiento invalide el consentimiento, debe recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto, que no sean imputables a quien lo padece y debe existir un nexo entre el mismo y la finalidad que pretendía el negocio jurídico. Así, en el supuesto enjuiciado, entiende que “no existe el pretendido error, entre las funciones de un Director Comercial con el alto directivo; en el contrato se describen las

---

<sup>17</sup> STS (Sala de lo Social) 4260/2014, de 12 septiembre de 2014, nº rec. 1158/2013

<sup>18</sup>El Real Decreto de Alta Dirección se aplica siempre y cuando se trate de un Alto Directivo en sentido estricto, diferenciándolo de lo que supone un “directivo alto”. Mientras al Alto Directivo le resulta de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 1382/85, al directivo “alto” le resulta de aplicación lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

funciones de aquel, circunstancia que lleva a la sentencia de instancia y de suplicación, a la vista de ellos a calificar la relación como común y no de alto directivo”.

En consecuencia, sea cual sea la relación laboral (relación laboral especial o relación laboral común), aunque la empresa alegue que se reconoció la indemnización por la condición de alto directivo del trabajador, la cláusula de blindaje será eficaz<sup>19</sup>.

## CUESTIÓN 4

En atención a las tres contingencias mencionadas en el informe de *Due Diligence*, en aras a determinar su tratamiento en el contrato de compraventa que se está negociando, se debe clasificar estas contingencias en remotas, posibles y probables, en aras a determinar la garantía procedente.

De esta forma, recomendamos solicitar garantías en los supuestos en los que las sean consideradas como posibles y probables.

En segundo lugar, el comprador deberá determinar qué riesgo quiere asumir y determinar si sigue adelante o no con la transacción. Con ello, se deberán clasificar las contingencias, en función de mayor a menor nivel de riesgo, entre:

- *Deal Breakers*: implican la cancelación de la operación ya que son líneas rojas de la negociación en las que no van a transgredir ni el comprador ni el vendedor.
- *Deal Issues*: son asuntos significativos que impactan en el precio, en las proyecciones, etc. pero que en sí mismos no son deal breakers.
- Otros asuntos importantes

En relación a la contingencia fiscal, se podrían considerar diversas opciones. En primer lugar, podríamos considerar que esta contingencia es muy significativa. Por tanto, recomendamos introducir en el contrato de compraventa una condición suspensiva en virtud de la cual que la eficacia de la operación queda supeditada a la regularización de la situación fiscal. Asimismo, en el momento de closing del contrato, tras la regularización de la situación, la sociedad

---

<sup>19</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Social), 25 de septiembre de 2003, rec. 348/2003

debería aportar un certificado de estar al corriente con la AEAT de las obligaciones tributarias.

No obstante, la parte contraria podría no querer regularizar la situación. En dicho caso, la opción más adecuada sería cubrir ese riesgo a través de las *indemnities* que permitan el resarcimiento de los riesgos que han sido identificados. Con ello, se pactará que el vendedor se comprometa a mantener indemne al comprador por la contingencia fiscal apreciada en el proceso de *due diligence*.

También cabría plantearse la opción de realizar un ajuste sobre el precio de la compraventa en atención a la cuantía de la contingencia, sin necesidad de establecer ninguna garantía. Así, se debería realizar una rebaja sobre el precio en atención al coste previsible de regularizar la situación administrativa. Ello implica una gran ventaja ya que permitirá a la parte compradora regularizar la situación una vez efectuada la operación, sin asumir ningún coste.

Finalmente, pese a que en los contratos de M & A son muy frecuentes las cláusulas de manifestaciones y garantías, no podemos considerar una opción ya que ambas partes son conocedoras de la contingencia fiscal al haberse identificado en el proceso de *due diligence*. Por tanto, si el vendedor manifiesta que no existen contingencias fiscales, el comprador no podría posteriormente reclamar al vendedor en caso de que se materialice la contingencia.

En relación a la contingencia del registro de la marca, se trata un asunto significativo, si bien no vemos necesario establecer una condición suspensiva al respecto. Pero se podría utilizar un aval. Debemos tener en cuenta el tiempo en los que tardan los procedimientos en resolverse. Estamos hablando de cuestiones de un proceso que podría durar años. En este caso, como sé que esta contingencia existe, se trataría de una *specific indemnity* y no de una manifestación y garantía. En caso de que se llegara a materializar el daño, sería la parte vendedora la que respondería.

En relación a la contingencia del Alto Directivo, si se tuvieran que pagar 900.000 euros, se trata de una indemnización exacta que está cuantificada. Por tanto, una de las opciones sería pactar una rebaja del precio por la cuantía correspondiente a la indemnización por despido. No obstante, esto podría afectar a la parte en el supuesto de que el alto directivo no fuera despedido finalmente.

Asimismo, también se podría pactar un *escrow*. Se trata de un depósito a través del cual las partes firman un contrato en el que aceptan que un tercero custodia una cierta cantidad de dinero. Por tanto, se podría constituir el depósito por la cantidad que se requerirá para el despido. Esta cantidad que se deposita no se entrega al beneficiario hasta que se verifique que se han cumplido las obligaciones que se pactaron.

Finalmente, otra situación ante la que nos podemos encontrar es que, pese a que exista la condición de despedir al Alto Directivo antes de que se produzca la operación de compra de la sociedad, no resulte posible el despido. En este sentido, se podría firmar una *Side Letter*; esto es, una carta accesoria que no forma parte del contrato para determinar que el vendedor corra a cargo de los salarios hasta que se produzca el despido, junto con la indemnización por despido del Alto Directo.

En último lugar, recomendamos que, como parte compradora, para el aseguramiento de posibles inexactitudes que puedan surgir en las manifestaciones y garantías (“*representations and warranties*”), se establezcan una serie de garantías que permitan resarcir el daño que les cause.<sup>20</sup> En ellas se recoge una lista hecha por el vendedor en las que afirma o declara la existencia, validez y regularidad de todos aquellos elementos que configuran la empresa y que son de esencial importancia para el consentimiento del comprador. En este sentido, resulta especialmente útil la información facilitada ya que la parte compradora suele disponer de menor información o no contar con la información suficiente.

También el comprador deberá establecer una serie de manifestaciones, en las que, principalmente, establecerá que es solvente para el pago del precio de la operación. La relevancia de estas cláusulas en el contrato de compraventa deriva en que, ante un posible incumplimiento de lo dispuesto en estas cláusulas de manifestaciones y garantías, la parte que no ha infringido se encuentra facultada para exigir indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de lo pactado.

---

<sup>20</sup> Álvarez Arjona, JM., Adquisiciones de Empresas, Elementos comunes y la Estrategia del Cierre, Capítulo 1, Aranzadi, 2019, p. 74

Del mismo modo, si se pacta que las manifestaciones y garantías tengan un carácter “esencial”, además de poder solicitar la indemnización por daños y perjuicios, también se podrá solicitar la resolución contractual.

## PARTE 2

### CUESTIÓN 1

#### **1.1 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL REPARTO DE DIVIDENDOS**

La LSC le atribuye al socio el derecho económico de participar en las ganancias sociales. No obstante, este derecho únicamente se origina si existen beneficios distribuibles (art. 95 TRLSC). La Sociedad nos ha manifestado que pretende realizar un pago de dividendos con la máxima cuantía posible, pero cumpliendo con las exigencias legales. Consideramos que, para ello, la sociedad dispone de suficiente dinero efectivo para proceder a su pago.

Cuando se obtiene un resultado positivo del ejercicio, la junta general puede acordar su aplicación al pago de dividendos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la LSC. No obstante, si la junta no acuerda la distribución de dividendos, dicho rendimiento permanece en la sociedad (en forma de reservas o remanente). No obstante, estas partidas podrán ser repartidas posteriormente siempre y cuando no tengan la consideración de indisponibles.

Conforme a la información facilitada, podemos observar que se ha obtenido un resultado positivo durante el ejercicio, ya que se han obtenido unos beneficios de 5.000.000 euros. Para su reparto deberemos tener en cuenta una serie de limitaciones legales que a continuación se expondrán.

El art. 273.2 LSC establece un límite que se deberá cumplir para poder repartir dividendos y de forma posterior al reparto de los mismos:

“Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, 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. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta.”

Por tanto, de ello podemos considerar que únicamente se pueden repartir beneficios en los supuestos en que existan beneficios o reservas de libre disposición.

Ahora bien, también podemos observar en el balance de la sociedad que existe una partida de pérdidas de ejercicios anteriores que coexisten con diferentes clases de reservas, así como el beneficio del ejercicio. En este sentido, cabría plantearse qué partidas son las que deben compensar las pérdidas y, en consecuencia, si resulta posible el reparto de dividendos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.5 de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019, el beneficio distribuible se define como el agregado del resultado del ejercicio, al cual se le realizan una serie de ajustes positivos y negativos.

Los ajustes positivos serán los siguientes:

- a) Las reservas de libre disposición
- b) El remanente

Los ajustes negativos son los siguientes:

- a) Los resultados negativos de ejercicios anteriores. No obstante, el exceso de estos resultados sobre los ajustes positivos sólo se incluirá como ajuste negativo en la parte en que no estén materialmente compensados con el saldo del importe de la reserva legal y de las otras reservas indisponibles preexistentes.
- b) La parte del resultado del ejercicio en que deba dotarse la reserva legal y las restantes actuaciones obligatorias establecidas por las leyes o los estatutos.

## **1.2 ANÁLISIS DE LAS CUENTAS REFLEJADAS EN EL BALANCE CERRADO A 31 DE DICIEMBRE DE 2022**

### **(i) Reserva legal y estatutaria**

El Capital Social de la Sociedad que figura en el balance es de 50 millones de euros.

El artículo 274 de la LSC establece que *“1. En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social. La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.”*

Por tanto, la ley nos obliga a dotar una reserva legal hasta que se alcance el 20% del capital social. En este caso, el 20% del capital social son 10 millones de euros euros.

De conformidad con el balance de cierre dotado, la reserva legal y estatutaria de la sociedad está dotada por un importe de 30 millones de euros. Ello implica que la reserva legal ha alcanzado el límite legal y, por tanto, no existe obligación de dotar cuantía alguna en concepto de reserva legal.

En este sentido, debemos diferenciar entre la cuantía que legalmente se quiere dotar en concepto de reserva legal y la excedente.

Las reservas indisponibles son aquellas que no son susceptibles de reparto directo a los socios, pero sí que pueden destinarse a la compensación de pérdidas, cumpliendo el orden que establece el art. 274.2 TRLSC. Este es el caso de la reserva legal y las reservas estatutariamente indisponibles. De conformidad con el balance de cierre facilitado, de los 30 millones que figuran en el balance como reserva legal y estatutaria, 10 millones tienen la consideración de reserva indisponible. Por ello, dichas reservas indisponibles pese a que no podrán ser objeto de reparto directo, podrán absorber pérdidas.

Por otro lado, por lo que respecta al excedente respecto a la cuantía mínima legalmente exigida, éste tendrá la consideración de reserva voluntaria. Así, 20 millones de euros tendrán

la consideración de reserva disponible a la hora de determinar el beneficio distribuible de la sociedad.

### **(i) Reserva voluntaria**

Debemos tener en cuenta que el beneficio que la sociedad puede distribuir no es sinónimo del beneficio del último ejercicio, ya que también se podrá distribuir las reservas de libre disposición. Pese a que no tengan la consideración de “beneficio” desde un punto de vista contable ya que no cumple con la definición de ingresos del art. 36.2 del Código de Comercio, la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 considera que se trata de patrimonio que puede ser objeto de recuperación directa por los socios en el mismo sentido que las reservas de libre disposición.

Tienen la consideración de reservas de libre disposición la reserva voluntaria, el remanente del ejercicio, la prima de emisión o asunción y las aportaciones de otros socios (cuenta 118 PGC).

Por lo que respecta a las reservas voluntarias, éstas se caracterizan por su libre disponibilidad. Ello implica que podrán ser destinadas al reparto de dividendos.

### **(ii) Reservas de revalorización**

Las reservas de revalorización suponen un tipo de reservas fiscales por la revalorización de activos. La Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica en su artículo 9 recoge que serán actualizables determinados elementos de inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias.

Esta actualización de valores se practicará de los elementos susceptibles de actualización que figuren en el primer balance cerrado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre. El importe de la revalorización debe constar en los fondos

propios de la sociedad en la cuenta denominada “reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre”, tal y como podemos apreciar que consta en el balance de la Sociedad.

La disponibilidad de estas reservas la encontramos limitada temporalmente. El apartado 10 del artículo 9 establece que el saldo de la reserva de revalorización es indisponible hasta que sea aceptada y comprobada por la Administración Tributaria, estableciendo un periodo de comprobación para la Administración Tributaria de tres años. Por tanto, debemos considerar que la fecha en la que se presentó de la declaración en la que se satisfizo el 5% sería en julio de 2023, puesto que la empresa finaliza su ejercicio societario el 31 de diciembre.

Una vez efectuada la comprobación o transcurridos el plazo de tres años destinado para la comprobación por parte de la AEAT, el saldo de la cuenta se encuentra disponible limitadamente ya que se puede destinar a la eliminación de resultados contables negativos.

No obstante, el importe de dicha reserva será disponible totalmente transcurridos diez años a partir de la fecha del cierre del balance en la que se reflejaron las operaciones de actualización puesto que el saldo de la cuenta se podrá destinar a reservas de libre disposición, siempre que “los elementos patrimoniales actualizados estén totalmente amortizados, hayan sido transmitidos o dados de baja en el balance”. Por tanto, para distribuir dividendos con cargo a esta reserva, los activos deberán estar ya amortizados o enajenados.

Por tanto, en este caso, al no disponer de información suficiente del resto del balance, propondremos dos opciones. En primer lugar, plantearemos la opción considerando que los elementos patrimoniales han sido dados de baja en el balance. En dicho caso, se considera el importe de dicha reserva como disponible. En el segundo escenario asumimos que dichos elementos no han sido dados de baja del balance por lo que se destinarán a la compensación de pérdidas.

### **(iii) Otras aportaciones de socios (cuenta 118)**

La cuenta 118 refleja otras aportaciones de socios, esto es, aportaciones de fondos propios a las sociedades.

Conforme a lo dispuesto en el art. 3.5 y art. 9 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019, son aportaciones que, pese a que no cumplan con la definición de “ingreso”, son asimilables a las reservas de libre disposición. Por tanto, cabe entender que pueden ser susceptibles de recuperación, esto es, como beneficio distribuible.

#### **(iv) Préstamo participativo con sociedades del grupo**

Los préstamos participativos se encuentran regulados en el artículo 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio. Conforme a dicho artículo, se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

Así, conforme a la Resolución del ICAC mencionada, 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, que establece que:

“Los préstamos participativos se presentan en el pasivo del balance si cumplen la definición de pasivo incluida en el apartado 3 de este artículo, pero se considerarán patrimonio neto a los efectos de determinar si concurren las causas de reducción obligatoria de capital social o de disolución obligatoria por pérdidas reguladas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.”

Por tanto, los préstamos participativos no se consideran parte del patrimonio neto a la hora de verificar el test del balance patrimonio neto no inferior al capital social”.<sup>21</sup>

En atención a lo expuesto, únicamente pueden tener la consideración de patrimonio neto cuando estamos ante supuestos de reducción de capital y liquidación de sociedades. Como no nos encontramos ante ninguna de estas dos situaciones, se puede considerar que dicha partida integraría el pasivo de la sociedad puesto que la sociedad se encuentra obligada a su devolución.

---

<sup>21</sup> Pérez Iglesias, J.M. y Sánchez Iniesta, G. (2020). Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, p. 225

### **1.3 POSIBILIDAD DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS**

Conforme a lo expuesto anteriormente, tendríamos un capital social de 50 millones de euros mientras que el patrimonio neto resultaría en una cuantía de -10 millones de euros. Conforme a ello, no resultaría posible la distribución de dividendos puesto que no se cumpliría el test del balance ya que el patrimonio neto es inferior al capital social. Por tanto, únicamente se pueden distribuir dividendos si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social.

En este sentido, para que la Sociedad pudiera repartir dividendos, el patrimonio neto debería ser superior al capital social. Esto lo podríamos conseguir a través de la amortización anticipada del préstamo participativo. Partimos de la base de que el préstamo participativo tiene un plazo ya que, en caso contrario, el prestamista podría reclamar la devolución del mismo cuando lo estimase conveniente.

Los préstamos participativos se encuentran regulados en el art. 20 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. Dicho artículo establece la facultad del prestatario de amortizar anticipadamente un préstamo participativo si dicha amortización se compensa mediante la ampliación del capital por compensación de créditos del mismo importe.

Por tanto, el legislador considera válida la operación de amortizar anticipadamente un préstamo participativo ya que le confiere al prestatario dicha facultad, en este caso, la Sociedad. Ahora bien, como consecuencia del ejercicio del prestatario de esta facultad, se deberá compensar con una ampliación de fondos propios de la misma cuantía.

Debemos recordar, como hemos apuntado anteriormente, que los préstamos participativos gozan de un régimen especial en su contabilización ya que computan como patrimonio neto en los supuestos de disolución obligatoria de la sociedad, inaplicando los supuestos de disolución por pérdidas de las sociedades de capital prevista en el art. 363.1 e) de la LSC. La finalidad de la norma trata de proteger a los acreedores no participativos cuyos créditos nacieron antes que la publicación en la memoria de la amortización del préstamo.

En aras a evitar el riesgo de los acreedores, la ley obliga a dotar una ampliación de los fondos propios por la misma cuantía, para que éstos no vean desprotegidos las garantías. En nuestro caso, se deberá realizar una dotación en los fondos propios por una cuantía de 70 millones de euros ya que es la cuantía que queremos amortizar anticipadamente. Debemos tener en cuenta que esta dotación de los fondos propios no se deberá tocar ya que deberá mantenerse durante el periodo de duración del préstamo.

Para esta ampliación de los fondos propios la doctrina entiende que podrá efectuar efectiva “aportación” con cargo a ampliación de capital u otras aportaciones de socios (cuenta 118), así como una reclasificación una cuenta disponible como indisponible que no conlleve una aportación efectiva.<sup>22</sup>

Consideramos que la ampliación de fondos propios será conveniente realizarla a través de aportaciones de socios en la cuenta 118 ya que se trata de una forma de dotar fondos propios que resulta mucho más ágil y menos costosa. Así, se evitará realizar todos los trámites que son necesarios para la ampliación de capital social y el coste que conllevan, como son acudir al notario para otorgar la escritura pública, su inscripción en el Registro Mercantil y el pago de los impuestos que todo ello conlleva. Asimismo, las aportaciones de socios no deberán tributar en el Impuesto sobre Sociedades al no generar un ingreso en la cuenta de la sociedad y tampoco en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de Operaciones Societarias, por encontrarse sujeta pero exenta.

En este caso, se podría considerar que los socios efectuarán una aportación a la cuenta 118 por el importe mencionado de los 70 millones de euros, debiendo conservarse hasta la fecha del vencimiento.

En atención a ello, los pasos seguidos para determinar el beneficio distribuable asumiendo que han sido enajenados los bienes a los que hace referencia las reservas de revalorización serían los siguientes.

## OPCIÓN 1

---

<sup>22</sup> Marín de la Bárcena, F., “Amortización anticipada de los préstamos participativos”, 2022, publicado en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/amortizacion-anticipada-de-prestamos-participativos/>

<b>Resultado del ejercicio</b>	<b>5</b>
<b>Ajustes positivos</b>	<b>55</b>
(+) Reserva voluntaria	10
(+) Reserva de revalorización	5
(+) Otras aportaciones de socios	20
(+) Exceso reserva legal	20
<b>Ajustes negativos</b>	<b>-55</b>
(-) Resultados negativos ejercicios anteriores	-55
(-) Reserva legal	-
<b>Beneficio distribuible</b>	<b>5</b>

Pérdidas ejercicios anteriores	-130
Exceso de los resultados negativos no cubiertos	-75
Reservas indisponibles que cubren pérdidas	80

Con ello, el balance de la sociedad quedaría de la siguiente forma.

<b>PASIVO Y PATRIMONIO NETO</b>	(Millones €)
Capital social	50
Reserva legal y estatutaria	10
Reserva voluntaria	-
Reserva de revalorización	-
Otras aportaciones de socios	70
Pérdidas acumuladas ejercicios anteriores	-75
Beneficio último ejercicio	5
Préstamo participativo con sociedades del grupo	-
<b>TOTAL PASIVO + PATRIMONIO NETO</b>	<b>90</b>

**Figura 1. Balance de la sociedad tras la compensación de pérdidas**

A continuación, examinaremos desde la perspectiva del segundo escenario, asumiendo que los bienes a los que se refiere la reserva de revalorización no han sido dados de baja del balance.

### OPCIÓN 2

<b>Resultado del ejercicio</b>	<b>5</b>
<b>Ajustes positivos</b>	<b>50</b>
(+) Reserva voluntaria	10
(+) Otras aportaciones de socios	20
(+) Exceso reserva legal	20
<b>Ajustes negativos</b>	<b>50</b>
(-) Resultados negativos ejercicios anteriores	50
(-) Reserva legal	-
<b>Beneficio distribuible</b>	<b>5</b>

Pérdidas ejercicios anteriores	-130
Exceso de los resultados negativos no cubiertos	-80
Reservas indisponibles que cubren pérdidas	85

En este segundo escenario, el balance de la sociedad resultaría de la siguiente forma.

<b>PASIVO Y PATRIMONIO NETO</b>	<b>(Millones €)</b>
Capital social	50
Reserva legal y estatutaria	10
Reserva voluntaria	-
Reserva de revalorización	5
Otras aportaciones de socios	70
Pérdidas acumuladas ejercicios anteriores	-80
Beneficio último ejercicio	5
Préstamo participativo con sociedades del grupo	-
<b>TOTAL PASIVO + PATRIMONIO NETO</b>	<b>90</b>

**Figura 2. Balance de la sociedad tras la compensación de pérdidas**

Con ello, en ambos supuestos el patrimonio neto resulta superior al capital social, lo que conlleva el cumplimiento del test del balance.

Tras la compensación de pérdidas, las reservas indisponibles en ambos supuestos son suficientes para cubrir las pérdidas.

Ello implica que se pueden repartir íntegramente los beneficios obtenidos.

De acuerdo con lo anterior, la sociedad podrá repartir un dividendo de hasta 5 millones de euros con cargo al resultado del ejercicio. Después del reparto del dividendo podemos observar cómo, a consecuencia del reparto del mismo, el patrimonio neto sigue siendo superior al del capital social. Por tanto, cumpliríamos también con el límite establecido en la LSC una vez repartidos los beneficios.

A este respecto es importante señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 253 LSC, al tiempo de convocatoria de la Junta General, el consejo de Administración de la sociedad propondrá la aplicación del Resultado del Ejercicio.

En cuanto al reparto del dividendo, debemos recordar que la distribución del capital social a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social (art. 275 LSC). Por

tanto, por tener participaciones en la sociedad, se tendrá derecho a la distribución de dividendos.

Finalmente, para proceder al reparto del dividendo, sería necesario adoptar el acuerdo en Junta General debidamente convocada por mayoría ordinaria, esto es, por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la Junta.

## CUESTIÓN 2

### **I. Complemento del orden del día**

En cuanto al derecho de complemento del orden del día, debemos tener en consideración que “La Sociedad” es una sociedad de responsabilidad limitada.

En el caso de las SA, la LSC reconoce en su art. 243 LSC, el derecho a los accionistas titulares del 5% del capital a completar el orden del día fijado por los administradores incluyendo uno o más puntos en el mismo. En este sentido, pueden solicitar que se publique un complemento a la convocatoria. No obstante, este derecho del complemento del orden del día únicamente queda previsto para las SA, sin que se regule el mismo derecho para las SL.

Otra posibilidad es que como es accionista minoritario, tiene derecho a que se convoque una junta. En este sentido, el art. 171 LSC reconoce el derecho a cualquier socio a solicitar del secretario judicial o del registrador mercantil la convocatoria de junta con el único objeto de proceder al nombramiento de nuevos administradores, sin perjuicio de que la convocatoria pueda hacerse con la misma finalidad por cualquier administrador que permanezca en el ejercicio de su cargo.

### **II. Exigencia de nombramiento de miembro del Consejo de Administración**

Una vez constituida la sociedad, los nombramientos posteriores de los administradores se deben acordar a través de la Junta General, conforme a lo dispuesto en el art. 214.1 LSC. Una

de las competencias de la junta general de socios es el nombramiento y la separación de los administradores (art. 160 LSC).

El nombramiento de consejeros se lleva a cabo mediante un acuerdo social en el que se requiere la mayoría prevista en el artículo 198 LSC. Dicho artículo requiere mayoría ordinaria para las sociedades de responsabilidad limitada, esto es, la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en las que se divida el capital social. En consecuencia, como Don Omar únicamente ostenta un 25% del capital social, no cuenta con mayoría suficiente para nombrar a D. Lewis García como miembro del Consejo de Administración.

### **III. Casos en los que se puede impugnar el eventual acuerdo negativo de la junta de socios e interponer acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración**

En primer lugar, por lo que respecta a la impugnación del acuerdo de la junta de socios, pese a que los acuerdos se obtengan con las mayorías necesarias, ello no impide la posibilidad de impugnar el acuerdo social ante los tribunales para que estos sean anulados o queden sin efectos.

Debemos señalar que, Don Omar, al ostentar el 25% del capital social, sí que dispone de legitimación activa para poder impugnar los acuerdos sociales ya que la LSC reconoce legitimación a aquellos socios que representen, individual o conjuntamente, el 1% del capital social (art. 206.1 LSC).

La LSC prevé en el art. 204.1 LSC que se pueden impugnar:

- (i) Acuerdos que sean contrarios a la Ley tanto el contenido del acuerdo por ser contrario a la Ley, como también el procedimiento seguido para la aprobación del acuerdo.
- (ii) Acuerdos que se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta general
- (iii) Acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Conforme a lo comentado anteriormente, podemos considerar que el acuerdo se toma de manera correcta, siguiendo el procedimiento previsto para ello. Asimismo, tampoco se puede considerar que, por la no aprobación del nombramiento como administrador se esté produciendo un perjuicio para la sociedad o para los demás socios, como podría suceder en otros supuestos como, por ejemplo, ante un acuerdo de reembolsar participaciones a un socio por encima de su valor real.

Por tanto, Don Omar no se encontraría respaldado por ninguno de los motivos para impugnar el acuerdo social en caso de que se nombre a D. Lewis García como administrador de la sociedad.

Por otro lado, por lo que respecta a la posible interposición de acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración, el cargo de administrador implica la sujeción a una serie de deberes, como son el deber de diligencia y el deber de lealtad. Así, el artículo 227 LSC establece que los administradores deben actuar “con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.

La LSC concreta así una serie de manifestaciones del deber de lealtad, diferenciando entre las obligaciones básicas contenidas en el art. 228 LSC y las obligaciones destinadas a evitar un conflicto de interés, contempladas en el art. 229 LSC.

Contra los administradores, se puede ejercitar dos tipos de acciones. En primer lugar, si es la sociedad la que padece las consecuencias lesivas de la conducta negligente de los administradores, se puede ejercitar la acción social de responsabilidad. La segunda de las opciones, prevista en el art. 241 LSC, está prevista para poder exigir responsabilidad a los administradores es la denominada acción individual de responsabilidad que corresponde a los socios por los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de éstos.

En el caso concreto, Don Omar podría ejercitar la acción de responsabilidad individual de responsabilidad reclamando para sí la indemnización del daño sufrido directamente en su propio patrimonio por la conducta dolosa o negligente de los administradores.

Ahora bien, pese a Don Omar dispone de legitimación activa para el ejercicio de la acción, no podemos considerar que, si se ha ejercitado su cargo cumpliendo con el deber de lealtad, prosperara la acción de responsabilidad contra los administradores, al no haber llevado a cabo una conducta que pueda ser considerada negligente o dolosa. No consideramos un deber de lealtad la no elección por la junta de socios del administrador ya que no se trata de una actuación de los administradores que se haya realizado con el ánimo de beneficiarse y que perjudique a los socios. Por tanto, cabría concluir que no ha incumplido ninguno de los deberes de lealtad que configuran el cargo de administrador.

### CUESTIÓN 3

Don Omar, socio minoritario que ostenta una participación del 25% del capital social, ha solicitado información muy detallada al consejo de administración sobre las ventas de la sociedad.

El artículo 93 d) LSC establece como derechos mínimos del socio el derecho de información. En la LSC se prevén dos vertientes del derecho de información para los socios:

- (i) Derecho a la información del socio en las SL previsto en el art. 196 LSC. Dicho artículo reconoce el derecho a los socios de poder solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.
- (ii) Derecho a la información previsto en el art. 272.3 LSC. Dicho artículo establece el derecho de los socios de obtener, a partir de la convocatoria de la junta general, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de las cuentas anuales, así como el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

En este caso, los administradores deben facilitar al socio la información solicitada (i) por escrito y con carácter previo a la celebración de la junta o (ii) verbalmente en la propia junta,

debiendo suministrar la información requerida durante la información de la junta o, en caso de no ser posible, en los días inmediatamente siguientes.

En primer lugar, no debemos olvidar el motivo por el cual se prevé este derecho de información. La finalidad de esta es que el socio recabe los elementos de juicio suficientes que le permitan ejercitar su derecho de voto de forma reflexiva y formarse criterio al respecto y, en general, para tener un conocimiento preciso de la marcha y situación de la sociedad.<sup>23</sup>

Por tanto, uno de los límites con los que se encuentra el derecho de información es que debe tener conexión con el orden del día establecido y ceñirse a los extremos concretos sometidos a la junta. Los administradores de la Sociedad nos han manifestado que no consideran que se trate de información relevante para que ejerza sus derechos, disponiendo de información necesaria para emitir su voto en relación con el acuerdo.

Para determinar los supuestos en los que se puede exonerar del deber de información de los administradores, deberemos distinguir en función del tipo societario de que se trate ya que se prevén distintos motivos de denegación de la información según sea la sociedad de responsabilidad limitada o sociedades anónimas. Observamos así que el régimen previsto para las sociedades limitadas en el art. 196 LSC únicamente contempla una causa de exoneración, mientras que el régimen para las SA en el artículo 197.3 LSC prevé distintas causas por las que los administradores no se encuentran obligados a entregar la información solicitada.

Centrándonos en la regulación prevista para las sociedades limitadas, el art. 196.2 LSC prevé que *“El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social.”*

Por tanto, para que tenga preferencia el interés social antes que el derecho de información del socio, la publicidad de esa información debe producir un daño superior para la sociedad en comparación al beneficio que puede producirle al socio.

---

<sup>23</sup> Menéndez, A; Rojo, A., (2023), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, “Los órganos de las sociedades de capital (I). La Junta General”, Civitas, Editorial Aranzadi, p.459

Asimismo, debemos tener en consideración lo dispuesto para las SL en el art. 196.3 LSC ya que establece que *“No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.”*

De ello se deriva que los administradores quedarán obligados a aportar la información si se solicita por socios que alcancen el 25% del capital social, pese a que concurra el motivo para denegar la información previsto en el art. 197.2 LSC. Con ello, la LSC determina que prevalece el derecho a la información de los socios minoritarios frente al posible riesgo de perjuicio al interés social.

Por lo que respecta al porcentaje concreto, entendemos que no se podrá regular en los estatutos de la sociedad un porcentaje superior que perjudique los derechos de los socios, aunque sí un porcentaje inferior. Por tanto, Don Omar sí que ostenta, en todo caso, un porcentaje de participación en el capital social suficiente.

Por tanto, la única posibilidad que se podría utilizar en este sentido sería exigirle al socio una indemnización por los daños causados a la sociedad por la utilización abusiva del derecho de información previsto en la LSC.

No obstante lo anterior, el derecho de información no es un derecho ilimitado, por lo que debemos estar a las circunstancias del caso concreto.

En este sentido, cabría cuestionarse si resultan de aplicación los principios generales de abuso de derecho y actuación conforme al principio general de buena fe previsto en el art. 7 del Código Civil como límite del derecho a la información, pese a que se obtenga el porcentaje de capital social requerido.

Conforme a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, cabría entender que, al tratarse de un derecho, deberá ser ejercitado conforme a los principios de buena fe, debiendo rechazarse los comportamientos que resulten abusivos (SSTS de 8 de mayo de 2003 y 17 de febrero de 2006).

Para valorar si se ha producido un abuso de derecho, debemos tener en cuenta los diferentes aspectos del caso concreto.

Uno de los aspectos a valorar sería la frecuencia con la que Don Omar realiza este tipo de peticiones. Según la información facilitada, Don Omar realiza este tipo de peticiones de manera frecuente. Esta frecuencia con la que realiza las peticiones de información podría considerarse un indicio de abuso de derecho ya que con ello consigue que se obstaculice de manera frecuente el funcionamiento del Consejo al tener que realizar tareas irrelevantes y monótonas.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona considera que “un número tan considerable de preguntas (30) es, por sí mismo, revelador de la voluntad del socio de abusar del derecho de información con una finalidad que no es propia del mismo y que tiende a entorpecer el buen curso de la actuación de un órgano social como es la junta, salvo que concurran razones muy particulares que puedan justificar ese proceder.”<sup>24</sup>

En segundo lugar, también debemos valorar la relación que existe entre el socio y la sociedad. En este sentido, Don Omar se encuentra enfrentado con la dirección de la Sociedad. Parece razonable que, de esta relación, conlleve que el socio solicitara la información de manera abusiva, únicamente por entorpecer el funcionamiento de la sociedad y generar conflictividad en la sociedad al constituir la impugnación en un método para la impugnación de acuerdos sociales de la información solicitada durante la celebración de la junta general<sup>25</sup>. Supuesto similar al que nos ocupa fue enjuiciado por la AP de Madrid, en su sentencia de 12 de noviembre de 2021, en la que la AP entiende el ejercicio de derecho de información del socio como abusivo. La AP establece que “la estrategia de confrontación que aquél viene suscitando en el seno del grupo societario de carácter familiar (...) nos sirve de advertencia sobre la existencia de un terreno abonado para que el socio conflictivo busque predisponer el escenario para impugnar decisiones sociales y obstaculizar así el normal decurso de la vida social. (...) lo que sostenemos es que no vamos a dar cobertura a maniobras de obstaculización que busquen pretextos sin más fin que generar conflictividad en un contexto social (...) que la información no representaba en realidad un presupuesto del voto sino un

---

<sup>24</sup> Sentencia AP de Barcelona (sección 15ª) nº 176/2018, de 20 de marzo de 2018

<sup>25</sup> En este sentido, el artículo 197.5 LSC prevé que la negación al derecho de información durante la junta no es una causa de impugnación de junta general únicamente para las SA, mientras que esta norma no aplica para las sociedades limitadas. Por tanto, tratándose la Sociedad de una sociedad limitada, el socio se encuentra facultado para impugnar los acuerdos por vulneración del derecho de información durante la junta.

instrumento para la impugnación. Y la introducción de nuevas preguntas en la Junta se convertía en un nuevo medio de favorecer la impugnación de los acuerdos”.<sup>26</sup>

Asimismo, también debemos tener en cuenta el tipo de información solicitada ya que se trata de información “muy detallada”. Al respecto, podríamos considerar que esta información tan detallada conlleva gran dedicación de tiempo y medios por parte del Consejo. Así, en el caso anteriormente mencionado enjuiciado por la AP de Barcelona, ésta entiende como actuación correcta el no contestar a las preguntas en la propia junta de forma inmediata ya que “las preguntas eran, en muchos casos, tan específicas, que no podía pensarse que el administrador las pudiera contestar inmediatamente, esto es, durante la propia junta”.

Finalmente, otro aspecto que debemos tener en consideración es la posibilidad que otorga la LSC en su art. 272.3 de examinar los documentos contables asistido de un experto<sup>27</sup>. Dicha facultad se reconoce a los socios que ostentan más de un 5% del capital social. Don Omar cuenta con el capital social suficiente para poder ejercitar este derecho, aunque no lo ejercitó. Si la información que solicita Don Omar sobre la venta de los discos se puede extraer de los documentos contables y no solicitó el examen de dichos documentos, se podría considerar otro indicio más de que la finalidad que perseguía Don Omar con la solicitud de la información era abusar del derecho de información y obstaculizar el trabajo del Consejo de Administración, y no tanto obtener la información efectiva. Relevante en este sentido resulta el pronunciamiento de la AP de Barcelona en su sentencia de 19 de enero de 2023, en la que establece que el derecho a la información “no debe autorizar a requerir de manera generalizada documentos soportes de las mismas que el socio podría haber obtenido por vía del art. 272.3 TRLSC.”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Sentencia AP de Madrid (sección 28ª), nº 414/2021, de 12 de noviembre de 2021

<sup>27</sup> Recomendamos que la documentación se encuentre en todo momento en el domicilio social de la Sociedad para evitar que el socio minoritario acuda acompañado de un notario y alegue que dicha documentación no se encontraba a su disposición y se levante acta por ello.

<sup>28</sup> Sentencia AP de Barcelona (sección 15ª) nº 34/2023, de 19 de enero de 2023, rec. 1236/2022

## PARTE 3

### CUESTIÓN 1

**(i) 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 100% controlada por la Sociedad.**

Por lo que respecta a las distintas alternativas con las que nos podemos encontrar, cabría destacar las siguientes:

#### 1. Disolución de Summer Sound, S.L.U.

Una de las opciones que podemos plantear y que, desde nuestra opinión, resultaría la más sencilla de llevar a cabo sería disolver la sociedad Summer Sound S.L.U.

La disolución supone el mecanismo previsto en el Título X de la LSC que produce el efecto de abrir el proceso liquidatorio que conduce a la extinción de la sociedad.

Como la Sociedad ostenta el 100% de las participaciones de Summer Sound, S.L.U. al proceder al reparto del patrimonio como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad, todo su patrimonio pasará a ser propiedad de la Sociedad. Por tanto, al adquirir todo el patrimonio, adquirirá con ello el 100% de las participaciones que Summer Sound, S.L.U. ostenta en Summer Sound Barcelona, S.L.U.

En nuestro caso, la disolución se podrá acordar por mero acuerdo de la junta general. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 368 LSC, podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptando los requisitos establecidos para la modificación de estatutos, esto es, la mayoría establecida en el art. 199 LSC. Conforme a dicho artículo, se exigirá el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social. Con posterioridad a la adopción del acuerdo, se deberá inscribir la disolución de la sociedad en el Registro Mercantil (art. 369 LSC).

Atendiendo a las circunstancias en las que se encuentra Summer Sound S.L.U, como no tiene deudas ni créditos pendientes, se podrá llevar a cabo un procedimiento simplificado de disolución-liquidación. En su virtud, se podrá llevar a cabo un procedimiento simplificado, adoptando conjuntamente los acuerdos de disolución y liquidación de la sociedad mercantil. Esto podría tener lugar cuando el patrimonio de la sociedad (i) consista exclusivamente en metálico y no existan deudas sociales (ii) cuando no existan deudas y los socios acuerden adjudicarse los bienes y derechos del activo social en pago de sus derechos de liquidación y (iii) cuando la sociedad carezca de patrimonio<sup>29</sup>. En nuestro caso, al no existir deudas, los la Summer Sound S.L.U. podrá acudir a este procedimiento simplificado de liquidación, adjudicándose los bienes y derechos del activo y, con ello, llevando a cabo a una disolución-liquidación conjunta. En consecuencia, se podrá acordar simultáneamente la disolución y la aprobación del balance final de liquidación

## 2. Fusión por absorción inversa

Una de las primeras opciones que cabría plantearse sería una fusión inversa a través de la cual la subfilial Summer Sound Barcelona S.L.U. absorbiera a la filial Summer Sound S.L.U.

Este tipo de fusión se encuentra previsto en el artículo 56 del RD Ley 5/2023, el cual reconoce como supuesto asimilado a la absorción de sociedades íntegramente participadas los supuestos en que se produzca una fusión por absorción cuando la sociedad absorbida fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente.

Es por ello por lo que la fusión inversa se beneficia del régimen simplificado previsto para la fusión impropia.

En segundo lugar, se produce una transmisión en bloque de la sociedad extinguida. Una característica esencial de este contrato conforme a los artículos 33 y 34 del RD Ley 5/2023 es que la Sociedad sucede a título universal a Summer Sound Barcelona S.L.U. en el conjunto

---

<sup>29</sup> Lefebvre, Memento Sociedades Limitadas, Capítulo 20 “Liquidación”

de sus relaciones jurídicas. Por tanto, no se deben transmitir cada uno de los bienes, derechos y obligaciones integrados en el patrimonio de Summer Sound Barcelona S.L.U.

En cuanto a las consecuencias de esta operación, la LSC establece determinadas excepciones a la necesidad de liquidar la sociedad disuelta, entre los que se encuentra los supuestos en los que se lleven a cabo operaciones de fusión. Así, la fusión se puede realizar mediante disolución sin liquidación de la mercantil Summer Sound, S.L. con traspaso en bloque a Summer Sound Barcelona S.L.U., a título universal, de todos los derechos y obligaciones integrantes en el patrimonio social de la sociedad absorbida. La sociedad absorbente, al subrogarse en la posición jurídica de la sociedad disuelta, no se procederá a la liquidación de esta última.

Desde un punto de vista fiscal, esta opción sería muy atractiva ya que se podría someter la operación de fusión al régimen de neutralidad fiscal establecido en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014 del Impuesto de Sociedades, de 27 de noviembre, previsto para fomentar e impulsar el crecimiento económico de las sociedades y “evitar que la fiscalidad no resulte un obstáculo para la toma de decisiones sobre reestructuraciones de empresas”<sup>30</sup>. Para que sea de aplicación dicho régimen, la operación deberá basarse en motivos económicos válidos, lo que implica que la operación no se lleve a cabo únicamente con la finalidad de fraude o evasión fiscal.

### 3. Fusión de la filial con la sociedad matriz

La segunda opción para que Summer Sound Barcelona S.L.U deje de estar controlada al 100% por Summer Sound S.L.U sería realizar una operación de fusión por absorción en la que la sociedad absorbente fuera la Sociedad (sociedad matriz) y la sociedad absorbida fuera la filial Summer Sound S.L.U.

Partimos de la Sociedad ostenta el 100% de las participaciones de Summer Sound Barcelona S.L.U. En este caso, nos encontramos ante un supuesto de fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada o fusión impropia ya que la sociedad absorbente es titular de la totalidad de las participaciones sociales de la sociedad absorbida.

---

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 1 de junio de 2016

Debemos destacar que, a la fusión por absorción impropia le es de aplicación un procedimiento abreviado previsto en el artículo 53.1 del RD 5/2023. En su virtud, el proyecto de fusión no deberá contener una serie de menciones, como son el tipo de canje de las participaciones, información sobre valoración del activo y del pasivo, las modalidades de entrega de las participaciones sociales.

Asimismo, tampoco será necesario el informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión ni tampoco el informe de los administradores. Otro aspecto relevante es que la sociedad absorbente no necesita ampliar el capital social en estos casos, ya que este patrimonio se encontraba incorporado al disponer de las participaciones sociales.

Finalmente, tampoco se requiere la aprobación de la fusión por la junta de la sociedad absorbida.

Debemos destacar que como ambas son sociedades de responsabilidad limitada unipersonales, se puede considerar que se ha adoptado el acuerdo de fusión en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto, en cada una de las sociedades que participan en la fusión. De conformidad con lo establecido en el RD Ley 5/2023, el acuerdo de fusión se adopta sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley en el Registro Mercantil y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión.

Como consecuencia de la fusión por absorción, ésta conlleva la unificación de sus respectivos socios, patrimonios y relaciones jurídicas en una sola sociedad.<sup>31</sup> Por ello, al igual que en el caso anterior, se procederá a la disolución sin liquidación de la mercantil Summer Sound S.L.U.

Por otro lado y, del mismo modo que en el supuesto anterior, en caso de que se determinen motivos económicos válidos para la realización de la operación y no obedezcan a una simple

---

<sup>31</sup> Menéndez, A; Rojo, A., (2023), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, Civitas, Editorial Aranzadi, p. 526

beneficio fiscal, dicha operación también se podrá acoger al régimen de neutralidad fiscal prevista en la LIS.

#### 4. Compraventa de participaciones

Otra forma de adquirir el control de la empresa sería a través de una compraventa de participaciones. En este caso, la Sociedad adquiere todas o la mayoría de las participaciones a través de la compra de participaciones sociales (*share deal*) de la sociedad *target*, Summer Sound Barcelona S.L.U.

Esta operación consistiría en un cambio de titularidad del capital de una sociedad. Por tanto, económicamente pasaría a estar dominada por la sociedad adquirente (la Sociedad), dejando de estar controlada al 100% por Summer Sound S.L.U.

A través de esta adquisición del capital social de Summer Sound Barcelona, la Sociedad adquiere todos los activos y pasivos de los que dispone la misma. En este caso, a diferencia de los supuestos anteriormente mencionados, esta operación no afecta a la subsistencia de la sociedad Summer Sound Barcelona S.L.U y es por ello por lo que sí que se deberá liquidar la sociedad Summer Sound S.L.U, como posteriormente comentaremos. En dicho caso, cuando se disuelva la filial, el dinero que ha sido desembolsado en la compraventa, regresará a la sociedad matriz al producirse el reparto de patrimonio entre los socios.

No obstante, desde un punto de vista fiscal, podemos considerar que la fusión sería más ventajosa que la compraventa de participaciones al poder someterse dicha operación al régimen de neutralidad fiscal.

#### **3.1.2 Pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U**

Las sociedades dejan de ser personas jurídicas en el momento en que se extinguen. Para ello, en todos los casos (salvo en los supuestos de modificaciones estructurales), es necesaria la fase de liquidación que se abre con la disolución de la sociedad.

La liquidación es el periodo de la sociedad en el cual se persiguen una serie de actuaciones encaminadas a extinguir la sociedad, previo al pago de todas las deudas y adjudicación de cuota de liquidación a los socios.

Debemos tener en cuenta que la disolución y posterior apertura del periodo de liquidación, no conlleva la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad (que tendrá lugar en un momento posterior, cuando se cierra el proceso de liquidación). Por ello, durante el periodo de liquidación, la sociedad conservará su denominación social aunque se deberá añadir la mención “en liquidación”, debiendo figurar en todos los documentos y actos de la sociedad para con ello informar a los terceros de la situación en la que se encuentra la sociedad.

Pese a que no implica la extinción de la personalidad jurídica, sí que implica una serie de cambios en la sociedad. Una de las consecuencias es que, desde dicho momento, la sociedad deja de explotar su objeto social y pasa a desarrollar actividades exclusivamente encaminadas a la liquidación de la sociedad.

Por otro lado, el acuerdo o declaración de disolución determina el cese de los administradores de la sociedad, que quedarán sustituidos por los liquidadores. La función de los mismos será la de representar a la sociedad en liquidación, satisfacer a los acreedores y distribuir entre los socios el haber resultante. En este sentido, el artículo 375 LSC prevé que, salvo que los estatutos dispongan lo contrario o, en su defecto, en caso de nombramiento expreso por la junta general de socios que acuerde la disolución, quienes eran administradores en el momento de disolución de la sociedad, se convertirán en liquidadores.

Los liquidadores ejercen su cargo por tiempo indefinido aunque la junta los podrá separar en cualquier momento.

a) Formación del inventario y balance inicial

Conforme a lo dispuesto en el artículo 383 LSC, disuelta la sociedad, los liquidadores deberán formular un balance final, un informe completo y un proyecto de división entre los socios del activo resultante en el plazo de 3 meses desde la apertura de liquidación.

b) Liquidación

Los liquidadores deberán llevar a cabo actividades que vayan encaminadas a la integración del activo social (mediante la reclamación de créditos pendientes), así como a la extinción del pasivo social (pagando las deudas que corran a cargo de la sociedad).

c) Aprobación del balance final y determinación de la cuantía de liquidación

Antes de efectuar el reparto entre los socios, la junta general deberá aprobar el balance final de liquidación, el informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante. Esta división del patrimonio se efectuará conforme a las normas establecidas en los estatutos o fijadas por la junta general, siendo la cuota de liquidación correspondiente a cada socio proporcional a su participación en el capital social.

d) Reparto del patrimonio

Antes de satisfacer la cuota de liquidación a los socios, se deberá satisfacer el pago a los acreedores del importe de sus créditos o consignarlo en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social (artículo 391 LSC).

e) Cierre de la liquidación

Tras haber repartido el activo entre los socios de la sociedad (y abonado el pasivo, en caso de que corresponda), se entiende que la liquidación ha finalizado.

Para que tenga lugar la extinción de la sociedad, los liquidadores deberán otorgar la escritura pública de extinción de la sociedad. Conforme a lo establecido en el artículo 395.2 LSC, se deberá incorporar a la escritura el balance final de liquidación y la relación de socios en los que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación. Dicha escritura de extinción se deberá inscribir en el Registro Mercantil del domicilio social con el depósito de los documentos (art. 396 LSC). Otorgada la escritura pública e inscrita en el RM, cabe entender que la sociedad será extinguida totalmente.

Ahora bien, resulta conveniente apuntar a la vista de que la sociedad no tiene créditos ni deudas pendientes que, cabría la posibilidad de llevar a cabo una adopción conjunta del acuerdo de disolución y acuerdo de liquidación si que sea necesario efectuar una liquidación en sentido estricto.

## CUESTIÓN 2

La Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de acciones de las acciones (“*share deal*”) de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (en adelante, Biza), empresa cotizada en bolsa.

En relación a la adquisición de sociedades cotizadas, existen una serie de especialidades que a continuación examinaremos.

### **3.2.1. Escenarios en la adquisición de participación en Biza**

Como BIZA es una sociedad que cotiza en el Ibex-35, debemos estar a lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores y en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

Este Real Decreto regula la oferta pública de adquisición (en adelante, OPA), esto es, la operación mercantil a través de la cual una o varias empresas (sociedad opante) realiza una oferta de compra de acciones de una sociedad cotizada (sociedad opada) con el objetivo de hacerse con su control.

Este Real Decreto diferencia distintos tipos de OPA: la OPA obligatoria y la OPA voluntaria.

Entrando a examinar la supuestos de OPA obligatoria, podemos apreciar que el Real Decreto muestra el deseo para favorecer y proteger al pequeño accionista. Dentro de las OPAs obligatorias podemos distinguir entre (i) las OPAs cuando se alcanza el control (ii) las OPAs por exclusión y (iii) las OPAs por reducción de capital mediante adquisición de acciones propias.

La obligación de lanzar una OPA obligatoria surge cuando se alcanza el control de una sociedad. Así, la entidad que alcanza el control de una sociedad cotizada tiene la obligación

de lanzar una OPA por la totalidad de los valores de la sociedad afectada y a un precio equitativo.

El artículo 4 del RD 1066/2007 establece como regla general que se entenderá que existe control cuando una persona, individualmente o de forma conjunta con otras, alcance el 30% de los derechos de voto o el nombramiento de más de la mitad de los miembros del consejo de administración de la sociedad afectada. No obstante, se entiende que también existe control aunque no se alcance el 30%, si se designa en los 24 meses siguientes a la fecha de adquisición un número de consejeros representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad.

Por tanto, a continuación, pasaremos a examinar si en cada uno de los distintos escenarios resulta obligatorio la formulación de una OPA en atención a las distintas reglas aplicables para el cómputo de la participación.

Debemos tener en cuenta que, quien incumpla la obligación de formular OPA, no podrá ejercer los derechos políticos de ninguno de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio le corresponda y quedará sujeto a sanciones administrativas.<sup>32</sup>

#### **(i) Adquisición del 29,99% de las acciones de Biza.**

En este caso, podríamos pensar que al adquirir el 29,99% de las acciones de BIZA, no tendría obligación de lanzar una OPA ya que se trata de un porcentaje de derechos de voto inferior al 30%. Así, en muchos casos, las empresas suelen adquirir el 29,99% sin llegar al 30% únicamente con la finalidad de evitar lanzar una OPA.

No obstante, debemos tener en consideración que D. Raúl, consejero delegado de la Sociedad, ostenta un 6% del capital social de Biza como inversión personal. El RD establece una serie de reglas para determinar el cómputo de los derechos de voto.

En este sentido, el art. 5.1 apartado a) del RD 1066/2007 establece que se atribuyen a una misma persona o entidad los derechos de voto ostentados por terceros cuando sean ostentados

---

<sup>32</sup>J. Jimenez Sánchez, G., La Casa García, R., “Nociones de Derecho Mercantil”, Editorial Marcial Pons, Decimocuarta edición, p. 142

por los miembros del órgano de administración de la entidad de que se trate. Asimismo, dicho precepto establece que se admite prueba en contrario, si bien no determina la circunstancia que debe acreditarse para que no opere esta atribución de los derechos de voto. La doctrina entiende que cabría prueba en contrario cuando se trate de un consejero dominical de otro grupo o de un consejero independiente<sup>33</sup>. No obstante, entendemos que, al tratarse de un consejero delegado de la Sociedad, no cabría prueba en contrario.

Por tanto, en este escenario, se debe atribuir a la misma sociedad el porcentaje que ostenta D. Raúl a efectos del cómputo del porcentaje de derechos de voto. Con ello, si bien individualmente no supera el umbral, como debe computarse conjuntamente, en conjunto sí que se resulta superior al 30% (suponiendo un 35,99%) y, con ello, la sociedad efectuaría control sobre BIZA, debiendo obligatoriamente formular OPA.

En este punto, debemos recordar que el acudir a la OPA por parte de los accionistas de BIZA tiene siempre carácter voluntario, con lo cual, los accionistas son los que deben tomar la decisión sobre vender o no sus acciones. En caso de que el inversor decida acudir a la OPA, deberá manifestarlo de forma expresa presentando una orden de aceptación.

**(ii) Adquisición del 12% de las acciones 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.**

Al adquirir un 12% de las acciones de BIZA, cabría pensar que se encontraría fuera del ámbito de la OPA obligatoria, al no alcanzar un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%.

No obstante, en este escenario, la Sociedad nos ha manifestado la intención de suscribir, además, un pacto de voto con otro de los socios que ostenta un 28% de las acciones de BIZA. La obligación de formular OPA se impone cuando se alcance el control de una sociedad cotizada “individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella” (art. 131.1 de la Ley del Mercado de Valores).

---

<sup>33</sup> Paredes Galego, C., Pereda Espeso, J., Redonet Sánchez del Campo, J., Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresa, “Ofertas Públicas de Adquisición de Valores”, edición nº3, LA LEY, Madrid.

Dentro de las reglas de cómputo del derecho de voto, el art. 5.1 b) RD de OPAs, atribuye al oferente los votos de cualquier persona que “actúe de forma concertada con ella”. Dicho precepto a continuación establece dos definiciones del concepto de “concierto”:

- i. La primera definición hace referencia a los acuerdos tácitos, entiendo que hay 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”.
- ii. La segunda definición de concierto es aquella a que se refiere al acuerdo formal, presumiendo la existencia del 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”, esto es, los pactos parasociales actualmente regulados en el art. 530 LSC.

Así pues, “el control de la sociedad cotizada se adquiere mediante la actuación concertada, a través de pactos parasociales, entre titulares de valores de la sociedad de que se trate.”<sup>34</sup>

En este escenario, la Sociedad no debe considerar únicamente las acciones que desea adquirir, sino que también debe considerar el porcentaje de participación de Doña Natalia ya que se ha suscrito con la misma un pacto que regula el derecho de voto en el consejo de administración o comisión ejecutiva de la sociedad. Conforme a lo dispuesto en el art. 5 del RD de Opas, los derechos de voto de cada una de las partes que han formado el acuerdo se atribuyen recíprocamente entre ellas.

A través de este pacto, ambas se conciertan y conjuntamente superan el 30% del capital social con derecho de voto, atribuyendo un 40% de los derechos de voto. Ello implica que necesariamente en este caso se deberá formular la opa al encontrarnos en un supuesto de OPA obligatoria por concertación.

### **(iii) Adquisición del 100% de las acciones de Biza.**

---

<sup>34</sup> Lefebvre, “Memento Sociedades Mercantiles”,

En el tercero de los escenarios planteados por la sociedad se pretende adquirir el 100% del capital con derecho de voto de BIZA. En este caso, en el que se puede acordar la exclusión de cotización de BIZA, se deberá promover una OPA dirigida a todas acciones afectadas por la exclusión. Esta oferta se dirige a todos los titulares de las acciones que tengan derecho de voto en el momento de solicitar que se autorice la oferta.

Las OPA de exclusión tienen como objetivo permitir a los accionistas vender sus acciones antes de que la compañía deje de cotizar en bolsa. Así como en las otras OPA la contraprestación puede ser en efectivo, acciones o mixto; en este caso la contraprestación siempre será en efectivo.

Debemos destacar que el artículo 11 del RD 1066/2007 prevé una serie de supuestos en los cuales se entiende que no resulta obligatorio formular una oferta de exclusión. Conforme a la información que se nos ha facilitado, no podemos considerar que se esté ante alguno de los supuestos de exclusión del art. 11. No obstante, en el caso de que se consiga unanimidad, los socios pueden pactar la exclusión de la negociación con renuncia a la venta de sus valores en régimen de oferta pública y, posteriormente, realizar una compraventa privada.

Resulta relevante que, al lanzarse la OPA sobre el 100% de las acciones, cabría la posibilidad de encontrarnos ante un supuesto de compraventa forzosa (*squeeze out/sell out*), prevista en el artículo 47 del RD 1066/2007.

Como se va a realizar una OPA por la totalidad de valores, cuando finaliza el plazo de adquisición quedan accionistas que no han vendido (no más del 10% del capital) y la oferta ha sido aceptada al menos por el 90% de los valores a los que se dirigía (destinatarios), quien hubiera formulado una oferta pública dirigida a la totalidad de los valores podrá, una vez liquidada la oferta, exigir a los restantes titulares de acciones u otros valores afectados por la oferta su venta forzosa a un precio equitativo (venta forzosa o *squeeze out*). Asimismo, los titulares de las acciones que en un principio no habían aceptado la oferta podrán exigir que el oferente compre la totalidad de las acciones (compra forzosa o *sell out*).

Asimismo, el artículo 47.2 del RD 1066/2007 establece que cabe entender por precio equitativo el correspondiente a la contraprestación de la OPA.

Con ello, la legislación trata de permitir que el oferente alcance el 100% del capital de la sociedad afectada, expulsando a los socios minoritarios de la sociedad. Asimismo, también trata de ofrecer una segunda oportunidad para la venta de las acciones por los accionistas que en un primer momento decidieron no venderlas.

El plazo máximo para proceder a dicha venta forzosa será de tres meses a contar desde la fecha de la finalización del plazo de aceptación. Por lo que respecta a los gastos, en caso de que se trate de una venta forzosa, el oferente deberá hacerse cargo de todos los gastos de la compraventa de las acciones, mientras que, si se trata de una compra forzosa, los gastos derivados de la misma serán abonados por los accionistas minoritarios que venden sus acciones.

Finalmente, al ser Biza una sociedad que cotiza en Ibex-35, debemos tener en consideración la regulación contenida en el derecho de mercado de valores, al ser normas que regulan la emisión, intermediación, negociación e inversión en valores negociables. En cada uno de los supuestos, al adquirirse más del 10% del capital o de los derechos de voto atribuidos a las acciones de la empresa, se entenderá que es participación significativa y se deberá comunicar a la Comisión Nacional de Mercado de Valores. Asimismo, asumimos que no se trata de ningún negocio que se desarrolle en un sector regulado y que, en consecuencia, no necesita la correspondiente autorización.

### **3.2.2. 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.**

Para salvaguardar el juego de la libre competencia en el mercado y garantizar que las empresas compitan entre sí, resulta aplicable la normativa de defensa de la competencia. Una de las herramientas de las que dispone el derecho de la competencia es el control de las operaciones concentraciones entre empresas.

La Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) entiende que se produce una concentración en los siguientes supuestos (art. 7 LDC):

“a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o

- b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
- c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.”

Por tanto, cualquier colaboración no supone una operación de concentración. Se exige que haya un cambio de control de manera permanente y no tendrán la consideración de concentración cuando la operación mercantil que no produjera un cambio duradero o estable (como se puede dar en los casos de colaboración temporal entre empresas).

La función de las autoridades de la competencia es que, cuando se cumplan determinados umbrales que a continuación expondremos, deben identificar y prohibir aquellas operaciones de concentración cuyos efectos negativos para la competencia en el mercado y el bienestar de los consumidores.

Debemos tener en cuenta que las operaciones que son susceptibles de alterar la competencia son (i) operación de concentración de empresas horizontal dedicadas al mismo sector y situados en el mismo nivel de la cadena de producción o, (ii) operación de concentración de empresas que no están en el mismo nivel de la cadena de producción, sino en distintos eslabones. En nuestro caso, conforme a los datos facilitados, BIZA es una de las mayores empresas del sector y, por tanto, con capacidad para alterar la competencia.

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable, debemos tener en cuenta que existen dos regímenes excluyentes entre sí. El primero de ellos es el comunitario cuya autoridad de competencia es la Comisión Europea, mientras que el segundo es a nivel de las autoridades nacionales de los Estados Miembros, siendo la autoridad competente española la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC). El EUMR se basa en un sistema de reparto de competencias entre la UE (Comisión) y los EEMM (autoridades nacionales), que permite la remisión de asuntos entre los mismos.

Por tanto, primero se deberá comprobar si se cumplen con los umbrales europeos. En caso de que se cumplan los umbrales europeos, no se deberá notificar a la autoridad española. Si, por

el contrario, no se cumplen los umbrales europeos, se deberá analizar si se cumplen los umbrales nacionales para notificar a la CNMC.

Por lo que respecta a los umbrales comunitarios, el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones") establece que una concentración tendrá carácter comunitario cuando se cumpla un "umbral primario":

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5000 millones de euros, y
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros
- c) Cada una de las empresas afectadas por la concentración no realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

Asimismo, también tendrá carácter comunitario, aunque no se cumplan los anteriores umbrales cuando se cumplan los requisitos del denominado "umbral secundario":

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2500 millones de euros
- b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros
- c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y
- d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros,
- e) Cada una de las empresas afectadas NO realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

Por lo que respecta a los umbrales nacionales, en España una operación se debe notificar si cumple con alguno de los siguientes umbrales (art. 8 LDC):

a) Umbral de facturación

- o La facturación total en España del conjunto de los partícipes en la operación se superior a 240 millones de euros y
- o Al menos 2 de las empresas partícipes realicen individualmente en España una facturación sea superior a 60 millones de euros

b) Umbral de cuota de mercado

- o Como consecuencia de la operación se adquiriera una cuota igual o superior a 30 del mercado de un determinado producto o servicio en España o en un mercado de ámbito geográfico inferior (si bien el umbral se incrementa al 50% si el volumen de negocios del *target* en España es inferior a €10 millones).

Cualquier operación de concentración que se deba comunicar a la CNMC conforme a lo expuesto, se encuentra sujeta a una obligación general de suspensión de su ejecución hasta que no haya sido autorizada.

En este caso, no disponemos de los datos suficientes para determinar si la operación se debe notificar y recibir la autorización de las autoridades de competencia competente. No obstante, estimamos conveniente recordarles las implicaciones que tiene el control de concentraciones en las operaciones de fusiones y adquisiciones de sociedades, ya que afecta a la estructura del contrato de la adquisición, así como al calendario del cierre de la operación.

Por lo que respecta a la estructura del contrato de adquisición, en caso de que se cumplan con los umbrales mencionados, se debe establecer como condición suspensiva la aprobación de la operación por las autoridades de competencia, condicionado su cumplimiento a la consumación de la compraventa. Obtener la autorización de la autoridad de competencia correspondiente es un requisito imprescindible para que se pueda realizar la compraventa de la sociedad, considerándose una “línea roja en la negociación” al ser un requisito en el que las partes no pueden transgredir en ningún caso. Ello también conlleva implicaciones en el calendario de cierre de la operación ya que la adquisición de acciones de BIZA únicamente se podrá consumir cuando la autoridad de competencia haya dado “luz verde” a la operación.

Con esto, la normativa de control de concentraciones trata de evitar que se incurra en la práctica de *Gun jumping*, esto es, llevar a cabo una operación de concentración sujeta a

autorización previa sin notificación a la CNMC. En caso contrario, las autoridades de competencia pueden imponer sanciones muy importantes, que puede llegar hasta el 5% del volumen de negocios anual de la empresa infractora.

No obstante, en relación a las OPAs, éstas se encuentran excluidas del régimen ordinario de la suspensión si se cumplen dos requisitos: (i) notificación a la CNMC a los 5 días de presentar la solicitud de autorización de la OPA a la CNMV; y (ii) suspensión del ejercicio de los derechos de voto del comprador que sean inherentes a los valores adquiridos o que sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión y tras obtener una dispensa de la CNMC al efecto.

## BIBLIOGRAFÍA

### SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 14 de septiembre de 1999, asunto C-375/97, General Motors Corporation

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, Sabel

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 1 de junio de 2016

Sentencia del Tribunal Supremo (Social Pleno) de 22 de abril de 2014, rec. 1197/2013

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 de junio de 1996, nº rec. 2469/1995

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 4260/2014, de 12 septiembre de 2014, nº rec. 1158/2013

Sentencia Tribunal Supremo (Social), 25 de septiembre de 2003, rec. 348/2003

Sentencia AP de Barcelona (sección 15ª) nº 34/2023, de 19 de enero de 2023, rec. 1236/2022

Sentencia AP de Barcelona (sección 15ª) nº 176/2018, de 20 de marzo de 2018

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona nº 629/2020, de 23 de abril de 2020

Sentencia AP de Madrid (sección 28ª), nº 414/2021, de 12 de noviembre de 2021

Sentencia del TSJ Madrid (Social), nº 305/ 1998, de 14 de abril de 1998, rec. 5722/1997

## MANUALES

Álvarez Arjona, JM., Adquisiciones de Empresas, Elementos comunes y la Estrategia del Cierre, Capítulo 1, Aranzadi, 2019

Choclán Montalvo, J.A., La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones, “Regularización Tributaria”, Bosch, Edición nº2, 2016

J. Jimenez Sánchez, G., La Casa García, R., “Nociones de Derecho Mercantil”, Editorial Marcial Pons, Decimocuarta edición

Lefebvre, Memento Sociedades Limitadas

Lefebvre, Memento Sociedades Mercantiles

López Martínez, J (Dir.), Pérez Lara, J.M. (Dir.), *Manual Práctico de Derecho Tributario. Parte General*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª edición

Marín de la Bárcena, F., “Amortización anticipada de los préstamos participativos”, 2022

Menéndez, A; Rojo, A., (2023), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, Civitas, Editorial Aranzadi

Oficina Española de Patentes y Marcas, “Guía de Examen de Prohibiciones Relativas de Registro”, 2020

Paredes Galego, C., Pereda Espeso, J., Redonet Sánchez del Campo, J., Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresa, “Ofertas Públicas de Adquisición de Valores”, edición nº3, LA LEY, Madrid.

Pérez Iglesias, J.M. y Sánchez Iniеста, G. (2020). Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443,