



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**

DICTAMEN

sobre

LA EXPANSIÓN A ESPAÑA DE LATINO GANG INC.

Emitido a solicitud de

LATINO GANG INC.

Esperanza Durán Gálvez

Diciembre, 2023

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	5
CONCLUSIONES	6
OBJETO DE DICTAMEN	8
ANTECEDENTES DE HECHO	8
PRIMERO.- LA ADQUISICIÓN DE PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.	8
SEGUNDO.- EL REPARTO DE DIVIDENDOS EN LA PRÓXIMA JUNTA Y EL NOMBRAMIENTO DE NUEVO CONSEJERO A PETICIÓN DE D. OMAR.	8
TERCERO.- LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN POR D.OMAR AL CONSEJO DE ADMINISTRADORES.....	9
CUARTO.- LA ADQUISICIÓN DE SUMMER SOUND BARCELONA, S.L.U. Y LA LIQUIDACIÓN DE SUMMER SOUND S.L.U.....	9
QUINTO.- LA ADQUISICIÓN DE BZRP HITS, S.A.	10
CONSULTA	10
PARTE I.....	11
1. IDONEIDAD DE REGULARIZAR LOS INGRESOS OBTENIDOS DE LOS CONCIERTOS EN TIKTOK	11
1.1. PROBABILIDAD DE INICIO DE INVESTIGACIONES POR PARTE DE LA AEAT Y CONSECUENCIAS. ...	11
1.2. REGULARIZACIÓN DE LA CONTINGENCIA FISCAL.	13
1.2.1. <i>Autoliquidación complementaria.</i>	13
1.2.2. <i>Declaración extratemporánea.</i>	14
2. VIABILIDAD DE LAS RECLAMACIONES DE D^a ROSARIO GARCÍA-DESPECHÁ Y CAUCES DE DEFENSA	14
2.1. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA MARCA “MOTOPAPI”.....	14
2.2. LA ACCIÓN DE D ^a ROSARIO GARCÍA-DESPECHÁ.	15
2.2.1. <i>El carácter de marca renombrada.</i>	15
2.2.2. <i>Marco temporal para que el renombre sea efectivo.</i>	16
2.2.3. <i>La similitud fonética y visual de las marcas.</i>	17
3. EL DESPIDO DE D. PATRICIO QUEVEDO Y SU EVENTUAL INDEMNIZACIÓN	19
3.1. IMPLICACIONES DEL DESPIDO EN ALTA DIRECCIÓN.	19
3.1.1. <i>El despido por desistimiento de la Sociedad.</i>	19
3.1.2. <i>El despido disciplinario de alta dirección.</i>	19
3.2. SUPUESTOS EN LOS QUE PODRÍA PROCEDER EL DESPIDO OBJETIVO.	20
4. CLÁUSULAS CONTRACTUALES Y BLINDAJES	20
4.1. MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS DEL VENDEDOR O <i>REPRESENTATIONS AND WARRANTIES (R&W).</i>	

4.2.	LAS INDEMNITIES.	21
4.3.	LOS DEPÓSITOS ESCROW.....	21
4.4.	LOS SEGUROS DE MANIFESTACIONES O WARRANTY AND INDEMNITY INSURANCES (W&II).....	21
4.5.	CONVENIENCIA DE REFLEJAR LAS CONTINGENCIAS DETECTADAS EN LAS R&W Y ALTERNATIVAS. 22	
PARTE II.....		22
1. PASOS PARA EL REPARTO DE DIVIDENDOS		22
1.1.	EXAMEN DE CAUSAS DE DISOLUCIÓN.....	23
1.2.	RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO PATRIMONIAL.....	24
1.2.1.	Compensación de las pérdidas con las reservas.	24
1.2.2.	Reducción de capital.	25
1.3.	APROBACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES DE 2022 Y DE OTROS ACUERDOS POR LA JUNTA.....	26
1.4.	APLICACIÓN DEL RESULTADO: CÁLCULO DEL DIVIDENDO.	26
1.4.1.	Reservas legales y estatutarias.....	27
1.4.2.	Gastos de I+D.	27
2. COMPLEMENTO DEL ORDEN DEL DÍA Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES 28		
2.1.	CAPACIDAD PARA SOLICITAR EL COMPLEMENTO DE LA CONVOCATORIA.	28
2.1.1.	El complemento de la convocatoria en la SL.	28
2.1.2.	Formas alternativas de propuesta de asuntos en Junta.	28
2.2.	LA PROPUESTA DE NOMBRAMIENTO DE D. LEWIS GARCÍA COMO ADMINISTRADOR.....	29
3. LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN DE DON OMAR		30
3.1.	ALCANCE DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.....	30
3.2.	CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	31
3.2.1.	Irrelevancia para el ejercicio del derecho de voto.	31
3.2.2.	Mala fe en el ejercicio del derecho de información: abuso de derecho.	32
3.2.3.	Coste desproporcionado de la puesta a disposición.....	33
3.3.	FORMA Y PLAZOS PARA LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	33
PARTE III		34
1. OPCIONES PARA LA ADQUISICIÓN DE SUMMER SOUND BARCELONA, S.L.U. POR EL GRUPO.		34
1.1.	FUSIÓN POR ABSORCIÓN.	34
1.1.1.	Fusión impropia: Sociedad-Subfilial.....	34
1.1.2.	Fusión inversa: Subfilial-Filial.	35
1.2.	FUSIÓN POR CREACIÓN DE UNA NEWCo.	35
1.3.	TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO AL SOCIO ÚNICO.	36
2. PASOS PARA LIQUIDAR SUMMER SOUND, S.L.U.		36

2.1.	INICIO DEL PERIODO DE LIQUIDACIÓN.....	36
2.2.	FORMULACIÓN DEL INVENTARIO Y DEL BALANCE DE LA SOCIEDAD.....	37
2.3.	OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN.....	37
2.4.	PRESENTACIÓN Y APROBACIÓN DEL BALANCE FINAL DE LIQUIDACIÓN.....	37
2.5.	LA DIVISIÓN DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD Y EL PAGO DE LA CUOTA.....	38
2.6.	EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD.....	38
2.7.	APARICIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS SOCIALES CON POSTERIORIDAD A LA CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS.....	39
3.	OPCIONES DE ADQUISICIÓN DE BZRP HITS, S.A.....	39
3.1.	LA OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN U “OPA”.....	39
3.1.1.	<i>Opas obligatorias.....</i>	40
3.1.2.	<i>Opas voluntarias.....</i>	40
3.2.	OPCIONES DE ADQUISICIÓN DE BIZA.....	40
3.2.1.	<i>Adquisición de un 29,99% de las acciones de Biza.....</i>	41
3.2.2.	<i>Adquisición de un 12% de las acciones de Biza y un pacto de voto con otro de los accionistas.....</i>	41
3.2.3.	<i>Adquisición del 100% de las acciones de Biza.....</i>	42
3.3.	TRAMITACIÓN DE LA OPA OBLIGATORIA.....	42
4.	NORMATIVA APLICABLE DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	43
4.1.	EXISTENCIA DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.....	43
4.2.	EFFECTOS SOBRE LA OPA.....	44

LISTA DE ABREVIATURAS

AEAT: Agencia Tributaria Española.

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

LDC: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

LM: Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

LMVSI: Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

OEPM: Oficina Española de Patentes y Marcas.

RD 1066/2007: Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

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

RDL 5/2023: Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

RD-L 7/1996: Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central.

CONCLUSIONES

Con base en las cuestiones que desarrollamos en este dictamen, exponemos de antemano nuestras conclusiones, que son las siguientes:

1. Conviene regularizar la contingencia fiscal detectada en el ejercicio de 2020 antes de que pasen cuatro años desde la finalización del plazo para declarar el impuesto mediante autoliquidación complementaria. De esta forma, aunque se tenga que abonar la diferencia respecto de la liquidación ya realizada, la Sociedad evitaría las posibles multas, recargos, e intereses a los que se vería expuesta de contrario. Ello sin perjuicio de que esta contingencia se vea mitigada por la suscripción de una *indemnity* o la rebaja del precio de adquisición de la Sociedad.
2. La viabilidad de la acción de Doña Rosario dependerá de la ponderación global de los distintos factores que influyen en la calificación de marca renombrada. De reconocerse el carácter renombrado de la marca de Doña Rosario, habrá que analizar si existen semejanzas suficientes entre ambas marcas para dar lugar a un riesgo de confusión. Para ello, podría ser determinante el carácter distintivo que puedan dar las letras que separan a las marcas, así como el significado que desprendan. Para dar cobertura a esta contingencia, recomendamos contratar un fondo *escrow*, además de dejar reflejado en las R&W el alcance de los daños que tendría la revocación de la marca “MOTOPAPI”.
3. La indemnización pactada en el contrato de alta dirección será aplicable en caso de despido de D. Quevedo y la Sociedad deberá abonarla en cualquier supuesto de despido, salvo que este fuese de carácter disciplinario y procedente, en cuyo caso no procederá el abono de ninguna indemnización. Ello sin perjuicio de que esta contingencia sea cubierta mediante un fondo *escrow* pactado con los vendedores de la Sociedad.
4. Para poder repartir el beneficio obtenido en el último ejercicio, la Sociedad debe primero restablecer el equilibrio patrimonial. Para lograrlo, recomendamos compensar las pérdidas acumuladas con las reservas, para luego proceder a una reducción de capital que permita aprobar el reparto de los dividendos cumpliendo con los requisitos legales. No obstante, ello reduciría considerablemente los fondos propios de la Sociedad, lo que podría debilitar su situación financiera.
5. Don Omar, como socio de la Sociedad, no podrá solicitar el complemento de la convocatoria de la junta ya que esta opción no se contempla para las sociedades de responsabilidad limitada. Tampoco podría impugnar por ello los acuerdos a los que llegue

la junta. No obstante, D. Omar sí podrá traer a la junta sus pretensiones si solicita una nueva convocatoria o si la junta que se va a celebrar se hace de forma universal.

6. Salvo que se contemple en estatutos, el Consejo de Administración de la Sociedad no responde a un sistema de representación proporcional, luego los socios no tendrán derecho a nombrar a los administradores en función del porcentaje del capital que ostenten. Por lo tanto, Don Omar no puede exigir el nombramiento de un administrador basándose en el número de participaciones que ostenta.
7. La sociedad podrá negarse a la entrega de la información solicitada por Don Omar, sin que ello afecte a la validez de los acuerdos, en caso de que esta no guarde relación con el orden del día de la junta o sea irrelevante para el ejercicio del derecho de voto del socio. También cabrá negar la solicitud si Don Omar planteara estas cuestiones abusando de su derecho de información - como se desprende de las constantes interrupciones injustificadas que provoca, obstaculizando el buen funcionamiento de la junta de la Sociedad - así como en el caso de que la entrega de la información solicitada exigiera esfuerzos excesivos a la Sociedad.
8. Si procediera hacer entrega de la información a Don Omar, la Sociedad deberá hacérsela llegar por escrito en un plazo razonable, antes de la junta, y pronunciándose sobre todas las cuestiones planteadas.
9. El método recomendado para adquirir el 100% de SUMMER SOUND BARCELONA por la Sociedad sería una fusión inversa entre la filial y la subfilial, ya que exige menos requisitos para su ejecución y lleva menos costes aparejados, extinguiéndose a su vez SUMMER SOUND sin necesidad de abrir otro procedimiento separado. No obstante, en el dictamen también definimos los pasos a seguir la liquidación de SUMMER SOUND en caso de que la Sociedad opte por una de las formas de adquisición que no conlleven la extinción de la filial.
10. En la adquisición de Biza, la Sociedad podrá verse en la obligación de lanzar una opa en función de si la opción escogida supone una toma de control o no, debiendo solicitar previa autorización, en caso de concurrir en una, a la CNMV. Además, si adicionalmente, pudiera apreciarse riesgo de concentración económica, la Sociedad podría tener que notificar a la CNMC, condicionando la viabilidad de la opa a la obtención de la autorización de las autoridades de la competencia. Y en caso de poder afectar la concentración económica a otros Estados miembros, la Comisión Europea puede entrar a conocer el asunto. Por ello recomendamos someter la opa la concesión de estas autorizaciones como medida suspensiva.

OBJETO DE DICTAMEN

El presente dictamen se realiza a petición de la entidad LATINO GANG INC. (en adelante, “el **Grupo**”). Esta es la sociedad matriz de un grupo internacional, con gran presencia en América y sede en Miami, que opera en la industria de la música latina, realizando producciones discográficas, así como la representación de artistas del sector.

De cara a iniciar su actividad en España, como parte de su estrategia de expansión en los próximos años, nos plantean diversas cuestiones que trataremos en base a los siguientes hechos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La adquisición de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.

De acuerdo con la información facilitada por ustedes, como parte de este plan de expansión, el Grupo estudia la adquisición del 51% del capital social de la empresa española PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (en adelante, “la **Sociedad**”). Sin embargo, a través del *due diligence* practicado, se han detectado tres contingencias en la Sociedad que pueden afectar negativamente a la compraventa, las cuales se analizarán separadamente en el presente dictamen:

- (i) El riesgo de que la AEAT inicie una investigación en relación con más de un millón de euros que la Sociedad no declaró en su momento, procedentes de ingresos obtenidos de conciertos celebrados online a través de TikTok en el año 2020, durante la pandemia.
- (ii) La acción de vulneración de marca anterior de renombre interpuesta por D^a Rosario García-Despechá frente a la Sociedad respecto a la marca “MOTOPAPI”.
- (iii) La indemnización de hasta 900.000 euros por el futuro despido de D. Patricio Quevedo, director general de la Sociedad en las Islas Canarias.

Segundo.- El reparto de dividendos en la próxima junta y el nombramiento de nuevo consejero a petición de D. Omar.

En segundo lugar, asumiendo la adquisición exitosa del 51% de las participaciones de la Sociedad, el Grupo planea tratar ciertas cuestiones en las próximas reuniones de los órganos de la Sociedad.

Respecto a la junta general de socios, el Grupo busca aprobar el reparto como dividendos del mayor porcentaje posible de los beneficios obtenidos en el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2022, manteniendo la estabilidad financiera de la Sociedad, desde un punto de vista legal.

Según la información financiera facilitada por la Sociedad, esta contaría con caja suficiente para el pago de los dividendos.

Adicionalmente D. Omar, uno de los socios minoritarios con un 25% del capital social, y según nos comentan, especialmente conflictivo y enfrentado a la dirección de la Sociedad en los meses previos, ha incluido en el orden del día la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración.

Para ello D. Omar se basa en que el Consejo de Administración está compuesto por cinco administradores, y que por tanto tiene una participación suficiente como para poder exigir el nombramiento. De no atender su petición, ha advertido que impugnará el eventual acuerdo negativo de la junta, interponiendo acciones de responsabilidad contra el Consejo por infracción del deber de lealtad.

Tercero.- La solicitud de información por D.Omar al Consejo de Administradores.

Por otro lado, respecto al Consejo de Administradores, D. Omar le ha solicitado información muy detallada sobre las ventas de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023. Sin embargo, los consejeros quieren denegarle esta información ya que no la consideran relevante, más aun teniendo en cuenta que D. Omar realiza estas peticiones frecuentemente para obstaculizar el trabajo del Consejo con tareas irrelevantes y monótonas.

Cuarto.- La adquisición de Summer Sound Barcelona, S.L.U. y la liquidación de Summer Sound S.L.U.

En tercer lugar, suponiendo que, pasados varios meses desde la adquisición de la Sociedad, los resultados obtenidos permiten su expansión en el resto de España, el Grupo planea la adquisición de SUMMER SOUND BARCELONA, S.L.U. (en adelante, “**SUMMER SOUND BARCELONA**” o “**la Subfilial**”) por la Sociedad.

SUMMER SOUND BARCELONA es una de las subfiliales más rentables de la filial de la Sociedad, Summer Sound, S.L.U. (en adelante, “**SUMMER SOUND**” o “**la Filial**”), cuya actividad consiste en la organización de festivales. En los últimos años, la Filial ha generado grandes pérdidas sin dar señales de mejora, por lo que es el interés del Grupo liquidar esta empresa y pasar la Sociedad a controlar el 100% de la Subfilial directamente.

Quinto.- La adquisición de BZRP HITS, S.A.

Adicionalmente, la Sociedad también planea la adquisición de un porcentaje significativo de las acciones de la sociedad BZRP HITS, S.A. (en adelante, “**Biza**”). Esta sociedad, que forma parte del Ibex-35, cuenta con gran presencia en el sector.

La propuesta de adquisición ha sido impulsada por el consejero delegado de la Sociedad, D. Raúl, que a su vez ostenta un 6% de las acciones de Biza como inversión personal.

No obstante, desde el Grupo nos han planteado diferentes escenarios de cara a conocer las normas específicas que aplicarían en la adquisición de cotizadas:

- (i) La adquisición de un 29,99% de las acciones de Biza.
- (ii) La adquisición de un 12% de Biza, suscribiendo un pacto de voto con otro de los socios, D^a Natalia Antillano, que representa el 28% de las acciones de Biza.
- (iii) La adquisición del 100% de las acciones de Biza, excluyendo a cualquier socio minoritario que pudiera complicar la gestión.

Finalmente, de producirse dicha adquisición, la suma de los activos y ventas de la Sociedad y de Biza podrían provocar una posible concentración, lo que entrañaría el riesgo de que aplicara la normativa de defensa de la competencia.

CONSULTA

En base a los hechos expuestos, se nos someten a consideración las siguientes cuestiones planteadas por ustedes:

- (i) Determinar la idoneidad de regularizar la situación relativa a los ingresos obtenidos a través de TikTok y costes derivados.
- (ii) Analizar la viabilidad de las reclamaciones de D^a Rosario García-Despechá y la solidez de los cauces de defensa de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.
- (iii) Supuesto el despido de D. Patricio Quevedo y su eventual indemnización, detallar las implicaciones de este.
- (iv) Identificar los mecanismos contractuales de protección más eficaces para el contrato de compraventa de participaciones de la Sociedad por el Grupo.

- (v) Establecer los pasos a seguir para el reparto de la mayor cantidad posible de dividendos cumpliendo con los requisitos legales.
- (vi) Estudiar la viabilidad de que D. Omar realice un complemento de convocatoria y pueda nombrar a un administrador en atención a su participación en el capital.
- (vii) Analizar la posibilidad de negar a D. Omar la información que solicita al Consejo y especificar las condiciones en caso de tener que aportarla.
- (viii) Explicar las diferentes alternativas para que la Subfilial deje de estar controlada al 100% por la Filial, pasando a estar controlada al 100% por la Sociedad.
- (ix) Detallar los pasos a seguir para liquidar SUMMER SOUND.
- (x) Analizar las opciones de adquisición de Biza.
- (xi) Estudiar la posibilidad de concurrir en una concentración tras la adquisición de Biza y eventual aplicabilidad de la normativa de defensa de la competencia.

PARTE I

1. IDONEIDAD DE REGULARIZAR LOS INGRESOS OBTENIDOS DE LOS CONCIERTOS EN TIKTOK

En el *due diligence* practicado, se ha detectado una contingencia fiscal en la Sociedad. Esta habría omitido declarar ante la Agencia Tributaria Española los ingresos obtenidos de la celebración de conciertos en TikTok durante el ejercicio de 2020. Los ingresos oscilan en el millón de euros y, al no haber sido declarados en su momento, suponen un riesgo de cara a la adquisición de la Sociedad.

Por lo cual, procedemos a analizar la probabilidad de que la AEAT inicie una investigación al respecto y sus eventuales consecuencias, así como la conveniencia, o no, de regularizar la situación. Ello sin perjuicio de las cláusulas contractuales o blindajes de la compraventa, que analizaremos en el punto 7 del presente dictamen.

1.1. Probabilidad de inicio de investigaciones por parte de la AEAT y consecuencias.

Las investigaciones de la AEAT están sujetas al siguiente régimen legal:

En primer lugar, el artículo 66 LGT, establece un plazo de **prescripción de cuatro años** para la persecución de las deudas de los contribuyentes frente a Hacienda. Este plazo comenzaría el día

siguiente al término del plazo para la presentación de la declaración o autoliquidación del impuesto afectado. Esto supondría que, pasados cuatro años tras el fin del plazo para declarar, correspondiente al ejercicio de 2020, la AEAT no podría perseguir la omisión de los ingresos obtenidos de la celebración de conciertos en TikTok.

De esta forma, el plazo de cuatro años comenzaría a contar a partir del 26 de julio de 2021, suponiendo que la Sociedad termina su ejercicio económico con el año natural, terminando el 28 de julio de 2025 (el 26 es inhábil).

Sin embargo, la **resolución del TEAC de 9 de junio de 2020**¹ ha aclarado que la AEAT sí estaría facultada para comprobar las declaraciones y liquidaciones presentadas hace más de cuatro años, esto supone, la revisión de declaraciones más allá del periodo de prescripción que detallábamos anteriormente, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 115 LGT. Por lo tanto, aquí nos afecta en el sentido de que la AEAT podría detectar las irregularidades relativas a los ingresos de TikTok en el ejercicio de 2020, incluso una vez finalizado el plazo de cuatro años. En este sentido, la referida resolución establece lo siguiente:

«La Administración Tributaria puede comprobar operaciones realizadas en periodos prescritos, que siguen produciendo efectos en otros que no lo están, a los solos efectos de liquidar estos últimos. (...) Esta facultad de comprobar es imprescriptible (es el derecho a liquidar el que está sometido a prescripción). (...) La facultad de comprobación incluye la posibilidad, no solo de calificar las operaciones de forma distinta a cómo lo hizo el obligado tributario, sino de declarar que dichas operaciones fueron efectuadas en fraude de ley».

Por tanto, la AEAT puede llegar a investigar un ejercicio prescrito, esto es, anterior a cuatro años. No obstante, no podrá practicar de nuevo la liquidación de dicho ejercicio, lo que sí está sometido al plazo de cuatro años.

No obstante, esta facultad de investigar fuera del periodo de prescripción se ve limitada con base en lo siguiente:

«La Administración tributaria puede investigar y comprobar hechos, actos o negocios realizados en ejercicios prescritos pero que siguen produciendo efectos en ejercicios posteriores no prescritos.»

¹ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, Sala Segunda, núm. rec. 6201/2019, de 9 de junio de 2020.

(...)

Si bien la norma habilita a la Administración tributaria a indagar respecto de actos y periodos prescritos para la investigación sobre impuestos no prescritos como el de sociedades, no basta con la mera expresión de la justificación del hecho que habilita la investigación, sino que esta debe ser relevante en la indagación del impuesto que se investiga para el que existe una expresa autorización legal»².

De esta forma, si los ingresos que se obtuvieron en 2020 siguen produciendo efectos en los ejercicios posteriores, la prescripción del ejercicio de 2020 no supondrá un obstáculo para que la AEAT inicie una investigación al respecto. Lo que puede perjudicar a la Sociedad en el futuro.

Por lo tanto, si la AEAT iniciara una investigación dentro del plazo de cuatro años respecto de dichos ingresos no declarados, la Sociedad podría ser sancionada en virtud del artículo 191 LGT. La multa en este caso, al tratarse de una infracción grave, o en su caso, muy grave, oscilaría entre el 50 y el 150% de los ingresos no declarados - un millón de euros según la información facilitada por ustedes -.

1.2. Regularización de la contingencia fiscal.

En caso de optarse por la regularización de la contingencia fiscal, la Sociedad deberá presentar una autoliquidación complementaria a la AEAT, dentro del plazo de cuatro años para la prescripción de las deudas tributarias. De realizarse con posterioridad, la declaración se consideraría extemporánea, con la consecuencia de que pueden aplicarse recargos.

1.2.1. Autoliquidación complementaria.

Esta opción, recogida en el artículo 122 LGT, permite a la Sociedad regularizar su situación fiscal «dentro del plazo establecido para su presentación o con posterioridad a la finalización de dicho plazo, siempre que no haya prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria –esto son, los cuatro años a los que hacíamos referencia ut supra-».

Para realizarla, la Sociedad deberá rellenar la casilla correspondiente a la autoliquidación complementaria en el modelo 200, indicando el número de justificante de la autoliquidación de

² Company Marsà, M., “Los efectos de la prescripción administrativa en los procedimientos por delito fiscal: una aproximación a la reciente STS núm. 586/2020, de 5 de noviembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.4/2021, 2021.

2020, y marcando la casilla «A deducir (exclusivamente en caso de declaración complementaria)» con la cantidad resultante de la autoliquidación de 2020.

De esta forma, se introducirían los ingresos no declarados procedentes de TikTok junto a los de la declaración del ejercicio de 2020. El resultado de la nueva autoliquidación se compensará con el de la declaración ya presentada en 2020, procediendo la Sociedad a abonar la diferencia a Hacienda.

La ventaja que ofrece esta opción es que, si se realiza en forma voluntaria, no conlleva el pago de multas, recargos, ni de intereses.

1.2.2. Declaración extratemporánea.

El mismo artículo 122 LGT establece que, en caso de presentarse la autoliquidación complementaria fuera de plazo, esta se considerará como extratemporánea -asumiendo que la Sociedad lo realiza sin requerimiento previo por Hacienda³-.

En este caso, aplicarían los recargos del artículo 27 LGT. La Sociedad tendría que abonar, adicionalmente de las sumas no abonadas, el equivalente al 1% «sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas» por cada mes de retraso, y, una vez superado el año, pasará a aplicar un recargo del 15% más los intereses de demora.

2. VIABILIDAD DE LAS RECLAMACIONES DE D^a ROSARIO GARCÍA-DESPECHÁ Y CAUCES DE DEFENSA

2.1. El régimen de protección de la marca “MOTOPAPI”.

El artículo 31 LM establece el periodo de protección de las marcas por diez años desde la presentación de la solicitud, con la posibilidad de renovar sucesivamente por 10 años más. Esto supone que la marca “MOTOPAPI”, al haber sido concedida por la OEPM el 20 de octubre de 2022, quedaría sobradamente protegida en España desde su solicitud hasta la fecha. Una vez transcurridos los 10 años desde la solicitud de registro, la Sociedad podría renovar la marca frente a la OEPM para seguir disfrutando de los derechos de “MOTOPAPI”. No obstante, en caso de reconocerse los derechos de marca de D^a Rosario, las expectativas de la Sociedad podrían verse truncadas. Analizamos los argumentos en los que se basa la demandante.

³ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, Sala Primera, núm. rec. 8015/2020, de 22 de septiembre de 2021.

2.2. La acción de D^a Rosario García-Despechá.

Conforme a la información facilitada por ustedes, la cantante Rosario ha interpuesto una acción frente a la Sociedad por entender que sus derechos de marca entran en conflicto con los de la Sociedad. Ello lo hace argumentando que su marca es de carácter renombrado por ser conocida supuestamente por el 40% del mercado, que ambas marcas guardan una gran similitud fonética y visual, y que ella misma ha realizado importantes inversiones en publicidad.

En primer lugar, el artículo 2.1 LM establece que el «registro válidamente efectuado» de la marca es necesario para poder obtener los derechos de propiedad sobre la misma. No obstante, en caso de marca renombrada, no se necesita inscribir esta para que goce de protección (art. 8 LM). Por lo tanto, a sensu contrario, si se prueba que la marca de D^a Rosario no es renombrada, al no estar registrada, tendría prioridad la marca de la Sociedad sobre ella – asumiendo que existe conflicto-.

Así, la cuestión a analizar es si, efectivamente, la marca de D^a Rosario puede ser renombrada con base en los datos aportados, y, sólo para el caso en que sea renombrada, esto es, que goce de protección, si entraría en conflicto con la marca “MOTOPAPI”.

2.2.1. El carácter de marca renombrada.

Según la doctrina seguida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los **factores que se tienen en cuenta para valorar el renombre de una marca** y su grado de conocimiento en el mercado son, principalmente: el nivel conocimiento de la marca por el público, la intensidad y extensión geográfica de su uso, el periodo de utilización en el mercado, y las actividades promocionales llevadas a cabo. Estos factores se ponderan de forma conjunta, sin ser suficiente la concurrencia de uno de ellos de forma aislada⁴.

En este caso, D^a Rosario alega que su marca sería renombrada por contar con el reconocimiento del 40% del mercado. No obstante, la doctrina de los tribunales es clara: no se atiende a porcentajes concretos de cara a evaluar el grado de conocimiento de la marca por el público⁵. Por tanto, la evaluación del grado de conocimiento se realiza caso por caso, poniéndolo en relación

⁴ La **Sentencia del Tribunal Supremo 611/2011, de 12 de septiembre de 2011** establece que, una marca tendrá la condición de renombrada, «[...] cuando una –parte- significativa del público interesado por los productos o servicios amparados por la marca anterior conoce esa marca "- y alguno de los elementos que ha valorar el Juez nacional al respecto - 27: " [...] 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».

⁵ En este sentido, en el caso **Chevy (14/09/1999, C-375/97)**, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que del término «proporción significativa» en la normativa comunitaria, no se puede extraer la exigencia de un determinado porcentaje para verificar el conocimiento de una marca por el público.

con otros factores relevantes. Esto supone que la cifra de 40% por sí sola no equivaldría al renombre de la marca.

Para que dicho porcentaje pruebe el conocimiento suficiente de la marca, deberá predicarse respecto de una parte importante del público interesado por los productos y servicios objeto de la marca⁶. Además, se deberá poner en relación con el alcance geográfico, es decir, si el 40% se predica respecto al público en España o en una región concreta, por cuánto tiempo ha estado D^a Rosario empleando esta marca no registrada, así como los 10 millones de euros que ha invertido en publicidad – considerando también los periodos en los que se realizó la campaña-.

Para conocer en mayor detalle este grado de conocimiento se podría emplear, desde un sondeo de opinión o un estudio de mercado, hasta una auditoria analizando los resultados económicos y perfiles de la Sociedad y de la cantante. También se podrían tener en cuenta las diferentes certificaciones y premios que ha recibido la Sociedad en comparación con D^a Rosario, o los artículos en prensa y redes sociales de ambos. Todo ello podría aportarse como medio de prueba con el escrito de oposición de este caso.

Por otro lado, en cuanto a las inversiones en publicidad, las realizadas por D^a Rosario se deberán poner en contraste con las realizadas por la Sociedad respecto de su marca. Sí, la cantante puede haber invertido grandes cantidades en promoción, pero puede ser que, poniéndolas en contexto con el inicio y la duración de la campaña, así como en comparación con los esfuerzos promocionales de la Sociedad, no sean tan determinantes de cara a determinar el renombre de la marca.

2.2.2. *Marco temporal para que el renombre sea efectivo.*

Es importante tener en cuenta que, aunque la marca de D^a Rosario hubiera adquirido renombre, este debe haberse obtenido con anterioridad a la solicitud de la marca “MOTOPAPI” por parte de la Sociedad (art. 53 LM). Por lo tanto, si el carácter renombrado se hubiera obtenido con posterioridad a la fecha de solicitud de la marca de la Sociedad, esta última tendría prioridad, sin importar el resto de factores.

⁶ STJUE 14/09/1999, C-375/97, **Chevy**: «26 El grado de conocimiento requerido debe considerarse alcanzado cuando una parte significativa del público interesado por los productos o servicios amparados por la marca anterior conoce esta marca». STJUE (C-375/97), **General Motors**: En el mismo sentido, expresa que las marcas renombradas son «conocidas por una proporción importante del público destinatario», y que, según el tipo de producto que se comercialice, podrá predicarse respecto del público en general, o respecto de uno más especializado.

2.2.3. *La similitud fonética y visual de las marcas.*

Como ya hemos mencionado, la similitud de las marcas sólo es relevante si se reconoce el renombre de la marca de D^a Rosario. De otra manera, la marca de la Sociedad tendría prioridad frente a esta ante una semejanza con riesgo de confusión.

Por lo tanto, predicamos este análisis sólo para el caso en que se reconociese el renombre de la marca de D^a Rosario.

a. Criterio para valorar la similitud de las marcas.

En este caso, debemos determinar si ambas marcas corren el riesgo de ser confundidas en el mercado. Pues bien, el **Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su reciente sentencia 234/2023, de 24 de abril de 2023**, establece el siguiente criterio para valorar las semejanzas marcarias:

«[...] realizando una comparación desde un punto de vista sintético, tal como lo hace el consumidor; [...] no toda semejanza entre marcas es suficiente para declarar su incompatibilidad, sino solo aquella que suponga un riesgo de confusión en el mercado sobre los productos o servicios de ambas, desde un examen de conjunto de todos los elementos integrantes de cada denominación confrontada sin descomponer su unidad fonética y gráfica, al deber, asimismo, valorar la relación de identidad o similitud de los productos o servicios designados" (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009)».

En el mismo sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo 765/2012, de 28 de diciembre de 2012**, establece que esta valoración se deberá realizar desde el punto de vista del «*consumidor medio de los productos o servicios para los que fueron concedidas - normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*», y ello «*teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual y, en particular, aquellos elementos distintivos que merezcan la consideración de dominantes, así como, en general, todos los factores del supuesto que resulten pertinentes, entre los cuales suele existir una cierta dependencia - en concreto, un bajo grado de similitud entre los productos o servicios puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre los signos y a la inversa*».

Por lo tanto, lo determinante aquí es si al consumidor medio le produce confusión ambas marcas, consideradas globalmente, a la hora de consumir los productos que representan, aunque en este caso operen en el mismo sector, el de la música.

No obstante, podemos observar cómo incluso dentro de este mismo sector podemos encontrar géneros de música muy diferentes. En caso de que la cantante Rosario no opere dentro del mismo género de música que la Sociedad, ello puede suponer un elemento distintivo a tener en cuenta. Asimismo, el empleo de campañas publicitarias enfocadas de forma totalmente diferente puede suponer otra diferenciación más que ayude a distinguir ambas marcas

b. Similitud gráfica y fonética con distinción de dos caracteres.

En este caso, la similitud que se alega es tanto gráfica como fonética. En cuanto a esta última, la mera distinción por dos caracteres dificultaría la distinción entre ambas marcas si no va acompañada de otros factores que compensen dicha similitud.

De esta manera, encontramos casos en los que la coincidencia entre caracteres supone una semejanza suficiente para llevar a error al consumidor, y que, por tanto, constituye una vulneración de los derechos de marca anteriores. Este es el caso que resuelve el **Tribunal Supremo en la Sentencia RJ 2009\1560, de 27 de febrero de 2009**, en la que aprecia riesgo de confusión entre dos marcas de alimentación - «Bollería-Pastelería Preel Peelaborados Alimentarios» y «Pregel»- debido a que sólo se diferenciaban en la letra “G” y a efectos de pronunciación no se observaba una diferencia suficiente entre ambas palabras. Lo mismo sucede en otros casos respecto a letras cuya confusión es habitual, como la “B” y la “V”⁷.

No obstante, también existen casos del Tribunal Supremo en los que se ha admitido la validez de marcas que coincidían en la mayor parte de sus caracteres. Así, marcas en las que coincidía el uso de la letra “C” como signo distintivo, no entraban en conflicto por ir acompañadas de elementos gráficos suficientemente distintivos⁸. También existen casos en los que, por la fuerza de las letras distintivas en la pronunciación y por significado que aportan, estas constituyen un elemento distintivo suficiente⁹, a pesar de operar en el mismo sector.

Por lo tanto, aunque entre ambas marcas existen importantes similitudes, tanto fonéticas, como gráficas, la Sociedad podría tener cauces de defensa evaluando ambas marcas en conjunto, y especialmente, en atención a los caracteres distintivos en cuestión. Estos, según cuáles sean las letras, su posición, y el significado lingüístico que aporten, podrán, o no, suponer una diferencia suficiente por sí mismos.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 101/2018, de 21 de marzo.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo RJ 2008\3426, de 9 de julio de 2008. Marcas «Conde de Carrageria» y «Cartier».

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo RJ 2003\6043, de 21 de julio de 2003. Marcas «Coomur» y «Coosur».

3. EL DESPIDO DE D. PATRICIO QUEVEDO Y SU EVENTUAL INDEMNIZACIÓN

El despido de D. Patricio Quevedo como actual director general de la Sociedad en las Islas Canarias podría llevar aparejada la indemnización de hasta 900.000 euros, establecida en el contrato de alta dirección. Ello dependerá de la calificación final del despido, por lo que analizaremos los diferentes escenarios que podrían darse.

3.1. Implicaciones del despido en alta dirección.

Para que la Sociedad pueda efectuar el despido de D. Patricio, se deberá atender al régimen establecido en el artículo 11 del RD 1382/1985. Dentro de este régimen, encontramos dos escenarios para proceder al despido de un trabajador de alta dirección: (i) la terminación por voluntad del empresario, y (ii) la terminación por despido disciplinario.

3.1.1. El despido por desistimiento de la Sociedad.

Si la empresa optase por desistir del contrato de D. Patricio, lo primero que deberá hacer es proceder a comunicar su decisión por escrito al director general de Canarias con un preaviso mínimo que podrá variar entre 3 o 6 meses, según se haya pactado o no un plazo al efecto en el contrato de alta dirección. Es importante cumplir con el plazo que proceda para el preaviso, ya que, de no hacerlo, supondría una indemnización adicional al trabajador «*equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido*».

Por otro lado, en esta modalidad, una vez realizado el preaviso, se deberá proceder a la entrega de la indemnización que haya sido pactada en el contrato, en este caso, 900.000 euros.

3.1.2. El despido disciplinario de alta dirección.

De optarse por un despido disciplinario en este caso, este deberá basarse en un incumplimiento grave y culpable de D. Patricio, atendiendo a las formalidades del artículo 55 ET y las adicionales establecidas en el Convenio Colectivo de aplicación. Esto supone que la Sociedad no estará obligada a cumplir con un plazo mínimo de preaviso, aunque sí deberá notificar al trabajador por escrito detallando los hechos que justifican el despido y la fecha de efectos. Tampoco estará obligada a abonar indemnización alguna en caso de estimarse la procedencia del despido.

Así, para que la terminación del contrato sea procedente, sería importante valorar, a efectos de apreciar el incumplimiento, si existen cláusulas en el contrato respecto a los resultados a obtener por el directivo - en especial sobre mantenimiento de la cuota de mercado - y sus obligaciones en el ejercicio del cargo, así como las condiciones de resolución por parte de la Sociedad.

Por otro lado, en caso de improcedencia o nulidad del despido - si no se acordase la readmisión de D. Patricio alternativamente, en caso de nulidad -, procede indemnizar por una de las siguientes cantidades: (i) la indemnización acordada en el contrato de alta dirección, o en su defecto, (ii) la equivalente a «veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades». Por lo tanto, en este caso volvería a aplicar la indemnización pactada de 900.000 euros, ya que esa es la que figura expresamente en el contrato.

3.2. Supuestos en los que podría proceder el despido objetivo.

El artículo 12 del RD 1382/1985 permite el despido de alto directivo por causas objetivas. Entre los motivos de despido objetivo que podrían aplicar al presente caso se encuentran (i) la falta de competencia del trabajador -conocida o sobrevenida-, o (ii) la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en la Sociedad.

De esta forma, de concurrir alguna de las causas mencionadas, el Estatuto de los Trabajadores dispone que el empresario debe poner a disposición del trabajador una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades, junto con la carta de despido. Sin embargo, debemos recordar que, en este caso, el contrato de alta dirección establece una indemnización determinada de producirse el despido, sin especificar el tipo. Por lo tanto, independientemente de si el eventual despido, de producirse por causas objetivas, es procedente o no, aplacaría la indemnización del contrato de alta dirección, y no la del Estatuto de los Trabajadores.

4. CLÁUSULAS CONTRACTUALES Y BLINDAJES

En el contrato de compraventa de la Sociedad, el Grupo puede optar por introducir ciertos mecanismos para protegerse de los efectos negativos de las contingencias detectadas en el *due diligence*.

4.1. Manifestaciones y garantías del vendedor o *representations and warranties* (R&W).

Las manifestaciones y garantías del vendedor, o *representations and warranties* (R&W), forman parte de la práctica habitual de las operaciones de compraventa de empresas. Consisten en una serie de declaraciones emitidas por el vendedor en las que este afirma la veracidad de ciertos aspectos de la sociedad, asumiendo la responsabilidad frente al comprador en caso de inexactitud. Por lo tanto, de darse las contingencias detectadas en la Sociedad, el Grupo podría solicitar la indemnización por los daños y perjuicios causados, sin verse afectada la adquisición. Ello sin perjuicio de las variaciones en el precio de compra que el reconocimiento de las manifestaciones pueda suponer.

No obstante, hay que tener en cuenta que la cobertura de las R&W es de carácter temporal y normalmente está sometida a un importe mínimo para su activación. De esta manera, es frecuente pactar un plazo de cobertura de 18 meses a 3 años en este tipo de operaciones, lo que puede no resultar del todo efectivo a la hora de mitigar el riesgo de contingencias de mayor duración, o en la que esta sea indeterminada.

4.2. Las indemnities.

Las *indemnities* suponen un mecanismo contractual, independiente de las R&W, por el cual se protege al comprador de las consecuencias de una contingencia concreta (*specific indemnities*) que es conocida. De esta forma, el vendedor asume los perjuicios económicos derivados de la contingencia en cuestión, sin estar condicionada su eficacia, en principio, a límites temporales o al desconocimiento previo por parte del comprador.

Así, el Grupo, una vez adquirida la Sociedad, podrá activar el *specific indemnity* probando el daño causado por la contingencia cubierta. Para ello, aconsejamos prever en el contrato, de optarse por esta opción, los métodos para el cálculo del daño en caso de producirse, así como el momento a partir del cual se puede reclamar al vendedor para que lo supla.

4.3. Los depósitos escrow.

Por otro lado, cabe la opción de contratar un depósito *escrow*, por una cantidad que cubra los daños que puedan producir las contingencias. De esta forma, el Grupo podría acordar con el vendedor la consignación de un importe determinado destinado a cubrir en el futuro las contingencias halladas en la Sociedad. No obstante, este puede resultar menos atractivo para el vendedor al restarle poder de disposición sobre una importante suma de dinero durante un tiempo, que, para proteger eficazmente al Grupo, tendría que ser considerablemente largo.

4.4. Los seguros de manifestaciones o *warranty and indemnity insurances* (W&II).

Por último, también existe la opción de contratar un seguro de manifestaciones, por el que, a cambio del pago de una prima, se puede llegar a neutralizar una contingencia recogida en las *representations* en caso de llegar a producirse. De esta forma, el riesgo ante la contingencia pasaría a la aseguradora, indemnizando al Grupo en caso de producirse.

No obstante, esta opción resulta más ventajosa para el vendedor, que vería cubierto su riesgo. Además, sólo cubriría las *representations* y, en su caso, las *indemnities*, y el pago de la prima afectaría al precio de compra, por lo que consideramos que esta opción no tiene mucha utilidad en nuestro caso a la vista de las anteriormente expuestas.

4.5. Conveniencia de reflejar las contingencias detectadas en las R&W y alternativas.

Considerando las alternativas expuestas, recomendamos que, ante las contingencias detectadas en el *due diligence* de la Sociedad cuya comisión sea más certera y gravosa, se opte por negociar una reducción del precio proporcional al riesgo que entrañen o pactar un *indemnity*.

Este sería el caso de la irregularidad fiscal detectada en la Sociedad, ya que, como hemos mencionado, la facultad de la Administración de comprobar no prescribe, aunque sólo pueda exigir la liquidación de los ejercicios vigentes. Por ello, tanto por el elevado margen temporal de esta contingencia, como por el conocimiento que tiene el grupo sobre esta, conviene más su cobertura mediante *indeminty*, como se ha expuesto.

Por otro lado, para cubrir los perjuicios que se puedan derivar de la acción de D^a Rosario, al ser la acción conocida por el Grupo y tener una duración determinada, sería conveniente contratar un fondo *escrow* por el cual se consignen las cantidades reclamadas para cubrir la condena en caso de obtener una resolución desfavorable. De igual modo, recomendamos que se refleje en las R&W el alcance de los daños que tendría la revocación de la marca “MOTOPAPI” para la Sociedad, de forma que, en caso de resultar más gravosos, proceda una indemnización por los vendedores.

Y, en último lugar, para el caso del despido del alto directivo, ya que existe un riesgo elevado de indemnizar una cuantía elevada, y ante la certeza de que la terminación del contrato se va a producir, se podría acudir a la figura del *indemnity* o del fondo *escrow*. No obstante, al ser la propia Sociedad la que realiza el despido, y no los vendedores, tiene más sentido contratar un fondo *escrow* para dar cobertura a esta contingencia. De esta manera, el Grupo no se vería perjudicado ante la eventual indemnización independientemente de la cuantía que resultase, ya que dicho importe se vería cubierto por la cantidad consignada.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de emplear las contingencias anteriores para reducir el precio de adquisición, o de fijarlas igualmente en las R&W junto con otras manifestaciones respecto a otros riesgos potenciales.

PARTE II

1. PASOS PARA EL REPARTO DE DIVIDENDOS

Para realizar el reparto como dividendos de la mayor cantidad posible de los beneficios del ejercicio de 2022, sin comprometer la estabilidad financiera, la Sociedad deberá realizar las siguientes actuaciones:

1.1. Examen de causas de disolución.

En primer lugar, observando el balance de la Sociedad, destaca la elevada cifra de pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores – ciento treinta mil (130) millones –.

De esta forma, debemos comprobar si concurre la causa de disolución del artículo 363.1.e LSC, al tener la Sociedad su patrimonio neto por debajo de la mitad de la cifra de capital social. Para el cálculo del patrimonio neto, el artículo 36 del Código de Comercio establece un criterio especial:

«A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los critérios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo».

Así, teniendo en cuenta el balance aportado, el patrimonio neto de la Sociedad lo configurarían los siguientes conceptos:

- Capital social: cincuenta (50) millones de euros.
- Reserva legal y estatutaria: treinta (30) millones de euros.
- Reserva voluntaria: diez (10) millones de euros.
- Reservas de revalorización: cinco (5) millones de euros.
- Otras aportaciones de los socios: veinte (20) millones de euros.
- Pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores: ciento treinta (130) millones de euros.
- Beneficio del último ejercicio: cinco (5) millones de euros.

Esto arrojaría una cifra negativa de diez (-10) millones de euros, sesenta (60) millones por debajo del capital social. Lo cual supone la concurrencia de una causa de disolución, al estar, el patrimonio neto de la Sociedad muy por debajo del mínimo establecido por el artículo 363.1.e LSC.

No obstante, en este caso también se contabilizarían los préstamos participativos como parte del patrimonio neto, ya que, a pesar de que estos no computan dentro del patrimonio neto a efectos de la distribución de dividendos, sí lo harían a los efectos de «*reducción de capital y liquidación de sociedades*» (artículo 20 RD-L 7/1996). En el mismo sentido se pronuncia la **Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019** 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:

«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».

De esta manera, la Sociedad no habría incurrido en causa de disolución al situarse su patrimonio en sesenta (60) millones de euros, tras la suma de los setenta (70) millones en concepto de préstamos participativos. Sin embargo, como a efectos del reparto de dividendos que se pretende en última instancia no computa esta partida, el desequilibrio patrimonial deberá resolverse igualmente teniendo en cuenta que el patrimonio neto se sitúa en menos diez (-10) millones de euros.

1.2. Restablecimiento del equilibrio patrimonial.

De esta forma, antes de proceder al reparto de dividendos, debemos solucionar el desequilibrio patrimonial detectado. Para ello, en la próxima junta, se deberá añadir en el orden del día las medidas para remediarlo (artículo 365 LSC).

1.2.1. Compensación de las pérdidas con las reservas.

Debido a que la reducción de capital es imposible para la compensación de las pérdidas mientras exista cualquier tipo de reservas en la Sociedad (artículo 322 LSC), se deberá proceder en primer lugar a la compensación de las pérdidas con las propias reservas. A continuación, vemos las reservas de las que dispone la Sociedad:

- Reserva legal y estatutaria: treinta (30) millones de euros.
- Reserva voluntaria: diez (10) millones de euros.
- Reservas de revalorización: cinco (5) millones de euros.

- Otras aportaciones de los socios: veinte (20) millones de euros.

Todas juntas arrojan la cifra de sesenta y cinco (65) millones de euros. No obstante, las reservas legales deberán destinarse a la compensación en último lugar (artículo 274.2 LSC) y las reservas de revalorización podrán, o no, estar disponibles según aplique el régimen y plazos del artículo 9 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre¹⁰. De cualquier manera, todas deberán destinarse a la compensación de las pérdidas dada la prohibición del artículo 322 LSC, y la insuficiencia de las reservas para equilibrar el patrimonio.

De esta forma, aun compensando todas las reservas, nos seguimos encontrando con un patrimonio neto de menos diez (-10) millones frente a un capital social que se mantiene en cincuenta (50) millones. Y, aunque las pérdidas acumuladas se han reducido a la mitad – menos sesenta y cinco (-65) millones -, el patrimonio neto continúa por debajo del capital social, impidiendo el reparto de dividendos.

1.2.2. *Reducción de capital.*

Una vez agotadas las reservas es cuando la sociedad puede realizar una reducción de capital para elevar el patrimonio neto por encima del capital social de acuerdo con los artículos 322 y 317.1 LSC. Este último establece lo siguiente:

«La reducción del capital puede tener por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias o la devolución del valor de las aportaciones».

De este modo, teniendo en cuenta que queremos distribuir dividendos por los beneficios obtenidos en el ejercicio, y que estos ascienden a cinco (5) millones de euros, debemos reducir el capital en treinta y cinco (35) millones de euros. Con ello, el patrimonio neto se fijaría en veinticinco (25) millones y el capital social en quince (15) millones, habiéndose resuelto el desequilibrio

¹⁰ Según el artículo 9 de 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, «los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades [...] podrán acogerse, con carácter voluntario, a la actualización de valores regulada en la presente disposición». Con este régimen, las reservas de revalorización serán indisponibles durante los tres primeros años desde la fecha de presentación de la declaración que satisfaga el tipo del 5%, o, alternativamente, hasta que Hacienda compruebe la actualización. Tras este periodo, las reservas de revalorización podrán disponerse para la compensación de pérdidas.

patrimonial y dejando un margen más de cinco (5) millones para el reparto de dividendos (artículo 273 LSC).

1.3. Aprobación de las cuentas anuales de 2022 y de otros acuerdos por la junta.

De esta forma, siguiendo lo establecido el artículo 272 LSC, la junta general de la Sociedad deberá aprobar las cuentas anuales del ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2022, con el voto favorable de la mayoría de los votos válidamente emitidos. Dicha mayoría deberá representar, al menos, un tercio del capital social.

Con carácter previo al acuerdo, la Sociedad deberá atender al derecho de información de los socios, haciendo mención de la posibilidad de su ejercicio en la convocatoria de la junta. Asimismo, desde la convocatoria, los socios de la Sociedad que ostenten una participación de, al menos, el 5% del capital social, podrán inspeccionar los documentos en los que se basan las cuentas anuales.

Asimismo, se deberán haber incluido en el orden del día de la junta las medidas consistentes en la compensación de las pérdidas con las reservas y la reducción de capital.

En el caso de la reducción de capital – una vez aprobada la compensación con las reservas –, esta deberá ser aprobada por la mayoría reforzada prevista para la modificación de estatutos (artículo 318.1 LSC), y en la escritura pública de reducción se deberá incorporar el balance de la Sociedad y un informe de auditoría (artículo 323 LSC). Además, tanto en el acuerdo como en el anuncio del mismo, deberá figurar que la reducción se realiza para compensar las pérdidas (artículo 324 LSC).

De esta forma, para acordar el reparto de dividendos tras la reducción, el artículo 326 LSC exige a la Sociedad que la reserva legal alcance, al menos, el 10% del capital social resultante. Como ya hemos explicado, el nuevo capital tras la reducción sería de quince (15) millones, lo que situaría el mínimo de reserva legal para el reparto de dividendos en un millón quinientos mil (1,5) millones de euros. Como ya mencionamos, la sociedad cuenta con un margen positivo de diez (10) millones de euros entre su patrimonio neto y el nuevo capital. Luego en la misma operación de reducción, cabría la posibilidad de dotar la reserva legal con el mínimo para aprobar la distribución (artículo 328 LSC).

1.4. Aplicación del resultado: cálculo del dividendo.

En segundo lugar, con base en el balance y acuerdos aprobados, la junta debe aprobar la aplicación del resultado del ejercicio de 2022. A este respecto, la Sociedad podrá realizar el reparto de dividendos con cargo al beneficio obtenido en el ejercicio de 2022, que asciende a un total de

cinco (5) millones de euros – asumiendo que no existen disposiciones estatutarias en contrario, de acuerdo con la información facilitada –.

Esto es posible gracias a que, una vez atendidos los requisitos legales según hemos analizado *ut supra*, la Sociedad habría restaurado su equilibrio patrimonial, elevando su patrimonio neto por encima del capital social tal como exige el artículo 273 LSC para el reparto – lo cual se cumpliría tanto antes como después de la distribución -. Igualmente, la Sociedad habría dotado a la reserva legal con el mínimo exigido para la distribución de dividendos tras la reducción de capital (artículo 326 LSC).

1.4.1. Reservas legales y estatutarias.

A pesar de cumplir con las disposiciones legales ya expuestas, el artículo 274.1 LSC ordena el mantenimiento de otro mínimo en la reserva legal de cara a destinar los beneficios obtenidos al reparto de los dividendos. Este precepto establece lo siguiente:

«En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social».

Por lo tanto, descontando el 10%, la cantidad restante de los beneficios será susceptible de ser distribuida como dividendo a los socios de la Sociedad. Ello, a no ser que la Sociedad prefiera destinar a la reserva legal un 20% de la nueva cifra del capital ya en la reducción. Ello eliminaría la obligación de destinar el 10% de los beneficios a reservas legales, y se podrían repartir la totalidad del beneficio del último ejercicio, al contar la Sociedad con margen suficiente.

1.4.2. Gastos de I+D.

Por otro lado, la Sociedad también está obligada legalmente a mantener en reservas disponibles al menos el mismo importe que los gastos de I+D antes de proceder al reparto de dividendos (artículo 273.3 LSC). En el caso de la Sociedad, asumimos que estos estarían cubiertos, al no figurar dicho concepto en el balance aportado.

Por todo ello, el reparto de los beneficios obtenidos en el último ejercicio como dividendos sería posible. Ello teniendo en cuenta que los fondos propios de la Sociedad se verían drásticamente reducidos, dejando tan sólo el mínimo legal para proceder al reparto. Por lo tanto, aunque, en principio, el reparto de dividendos es posible y cumpliría con todos los requisitos legales, el estado financiero actual de la Sociedad saldría más debilitado, con una capacidad mucho menor para hacer frente a pérdidas futuras.

2. COMPLEMENTO DEL ORDEN DEL DÍA Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES

En este apartado procedemos a analizar la viabilidad de las pretensiones de Don Omar consistentes en: (i) la inclusión del nombramiento de un nuevo administrador en el orden del día de la próxima junta, y (ii) el nombramiento de dicho administrador a propuesta suya.

2.1. Capacidad para solicitar el complemento de la convocatoria.

2.1.1. *El complemento de la convocatoria en la SL.*

En primer lugar, aunque la LSC sí contemple, en su artículo 172, el complemento de la convocatoria para las sociedades anónimas, no lo hace para las de responsabilidad limitada, como es el caso de la Sociedad.

En este sentido se pronuncia la **Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia 362/2013, de 21 de octubre**, al decir lo siguiente:

«A diferencia de lo que acontece en las sociedades anónimas (artículo 172 del TRLSC), el complemento de convocatoria no está contemplado para las sociedades de responsabilidad limitada. Por tanto, no determina la nulidad de la junta la no incorporación al orden del día de asuntos propuestos por uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En tal caso los socios habrán de promover la convocatoria judicial».

De esta manera, la Sociedad puede negarse a atender las peticiones de D. Omar, y no incluir el complemento solicitado en el orden del día, y ello no afectaría a la validez de los acuerdos que resulten.

2.1.2. *Formas alternativas de propuesta de asuntos en Junta.*

No obstante lo anterior, si D. Omar realmente desea que el nombramiento de un nuevo administrador sea discutido en junta, podría acudir a otros mecanismos legales para ello.

Un primer ejemplo lo encontramos en la posibilidad de solicitar la convocatoria de otra Junta General por los socios minoritarios. Esta opción, recogida en el artículo 168 LSC, faculta a los socios con, al menos, el 5% del capital social – como es el caso de D. Omar –, para que soliciten a los administradores la convocatoria de la junta, señalando los asuntos que pretenden tratar, y que se incluirán en el orden del día – en este caso, el nombramiento de D. Lewis como

administrador –. Así, la junta se celebraría dos meses tras la fecha del requerimiento notarial para su convocatoria.

De no obedecerse el plazo de dos meses establecido en el párrafo anterior, el artículo 169.2 LSC permitiría a D. Omar solicitar la convocatoria de la junta al Secretario Judicial o al Registrador mercantil del domicilio de la Sociedad, que lo hará en el plazo de un mes.

Otra posibilidad que podría aprovechar D. Omar, en caso de negativa, podría suceder en caso de que la junta ya convocada se celebrase de forma universal. De esta forma, la junta general quedaría «*válidamente constituida para tratar cualquier asunto*», incluidas las pretensiones de D. Omar (art. 178 LSC).

2.2. La propuesta de nombramiento de D. Lewis García como administrador.

D. Omar entiende que tiene derecho a nombrar un administrador de su elección por ostentar el 25% del capital social de la Sociedad, y al estar el Consejo de Administradores de esta conformado por cinco miembros. No obstante, se deben tener en cuenta las disposiciones legales específicas respecto a la organización del Consejo de Administradores para las sociedades de responsabilidad limitada para valorar si sus pretensiones son fundadas en este caso.

En principio, el artículo 210.3 LSC permite a las sociedades de responsabilidad limitada fijar con libertad el modo de organización de la administración social. De esta forma, la Sociedad habrá tenido que fijar en sus estatutos la forma de organización que considere más adecuada. Según la información facilitada, la Sociedad habría optado por la constitución de un Consejo de Administradores con cinco integrantes.

No obstante, no queda claro si en este caso se ha optado por un sistema de representación proporcional de los administradores. Esta modalidad se contempla en el artículo 243 LSC para la sociedad anónima, y supone que los socios puedan nombrar sus propios administradores en proporción al capital que ostenten sobre la sociedad. Siguiendo esta lógica, D. Omar, al ostentar un quinto del capital de la Sociedad, tendría derecho a nombrar a uno de los cinco administradores que forman el Consejo. Sin embargo, para que este sistema opere en una sociedad de responsabilidad limitada, deberá contemplarse expresamente en los estatutos. En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su **Resolución de 28**

de marzo de 2022¹¹, aceptando la inscripción de una cláusula estatutaria de representación proporcional en el Consejo de Administradores de una sociedad de responsabilidad limitada.

Por el contrario, de no contemplarse en los estatutos de la Sociedad, D. Omar no tendría derecho a nombrar a un administrador de forma independiente, por lo que carecería de fundamento cualquier alegación sobre la infracción del deber de lealtad de los Administradores respecto de este asunto.

3. LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN DE DON OMAR

3.1. Alcance del derecho de información.

El derecho de información de los socios para la sociedad de responsabilidad limitada se recoge en el artículo 196 LSC, que establece que estos podrán solicitar al Consejo de Administración *«los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día»*. Asimismo, el artículo dispone que no cabrá negativa ante las solicitudes de información realizadas por aquellos socios que ostenten, al menos, el 25% del capital social – como es el caso de D. Omar –.

Sin embargo, el artículo 196 se refiere expresamente a la solicitud de información sobre *«asuntos comprendidos en el orden del día»*. Ello supone la existencia de un ámbito objetivo para el ejercicio de este derecho de los socios, fuera del cual la sociedad no tiene obligación de aportar la información solicitada. De esta manera, debe existir relación entre lo que se pregunta, y lo que figura en el orden del día de la junta, que, en este caso, al tratarse de una Junta General Ordinaria, sería la aprobación de las cuentas anuales.

A este respecto, debemos señalar que la puesta a disposición por la Sociedad de *«los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales»* – conforme al artículo 272 LSC – no agota el derecho a solicitar información adicional por los socios. En este sentido se pronuncia el **Tribunal Supremo en su Sentencia 846/2011, de 21 de noviembre** al decir que *«el derecho del socio no queda limitado al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de*

¹¹ **Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública** en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad. Esta Resolución se basa en la **Sentencia del Tribunal Supremo 138/2009, de 6 de marzo de 2009**, que permitió la inclusión del derecho estatutario de representación proporcional en las sociedades de responsabilidad limitada. Para ello razonó (i) que la ausencia de referencias a la SL en el articulado del sistema de representación proporcional no suponía su prohibición para este tipo de sociedades, (ii) que este sistema no excluía la competencia para el nombramiento de administradores a la junta general, ni se contraponía al principio de igualdad de derechos de las participaciones, y (iii) que no operaba la prohibición del 191 RRM, dado el principio de jerarquía normativa.

la Junta» y «podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas para controlar las cuentas y la gestión del órgano de administración - como [...] detalles de las partidas que han dado lugar, por agregación, a los importes consignados en los diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias»¹².

De esta manera, en principio, la solicitud de información realizada por D. Omar en relación con las ventas de discos lanzados por la Sociedad durante 2023, aunque sea muy detallada, estaría relacionada con las cuentas anuales de la Sociedad, y por ello, con «los asuntos comprendidos en el orden del día».

3.2. Causas de denegación de la información.

No obstante lo anterior, existen casos en los que la solicitud de información, a pesar de estar en relación con el orden del día, no está amparada por el derecho de información, y en los que la sociedad podría rechazar dicha solicitud motivando las causas que se detallan a continuación.

3.2.1. Irrelevancia para el ejercicio del derecho de voto.

En este caso resulta muy relevante que la información solicitada por D. Omar no afecte para el ejercicio de sus derechos de socio. Siendo así, la Sociedad estaría legitimada para denegar la solicitud de información en virtud del carácter instrumental de del derecho de información. Esta tesis es la mantenida por la jurisprudencia más reciente, citando, entre ellas, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 710/2022, de 30 de noviembre de 2022:**

«Tal y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2021 “la reforma de 2014 restringió la impugnabilidad de los acuerdos por infracción del derecho de información, a los casos en “que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación” (art. 204.3.b) LSC [...]”».

¹² **Sentencia del Tribunal Supremo 846/2011, de 21 de noviembre de 2011:** «En definitiva, el socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos – relativos a las cuentas anuales –, que necesariamente han de ser claros y ajustados a las exigencias de forma y contenido requeridos por la legislación societaria y contable, podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas para controlar las cuentas y la gestión del órgano de administración - como [...] detalles de las partidas que han dado lugar, por agregación, a los importes consignados en los diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias -, y el órgano de administración deberá contestar siempre que concurran los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia - que la información sea oportuna; se requiera en momento adecuado; la limitada publicidad a facilitar no perjudique los intereses sociales; y en su ejercicio no concurran los requisitos precisos para el abuso del derecho (en este sentido, entre otras muchas, sentencia 140/2006 de 17 febrero)-».

De esta forma, al no ser la información solicitada por D. Omar relevante para el ejercicio de otros derechos, la Sociedad podrá negarle dicha información y ello no sería causa de anulación del eventual acuerdo social.

3.2.2. *Mala fe en el ejercicio del derecho de información: abuso de derecho.*

En segundo lugar, la Sociedad podría negarle la información a D. Omar en atención a su conducta consistente en realizar estas peticiones de forma constante, sin tener necesidad, con el fin de obstaculizar el buen funcionamiento de la Sociedad. Este comportamiento supondría un abuso del derecho de información¹³, y la negativa a atender la petición no invalidaría los acuerdos sociales a los que se lleguen.

Por otro lado, aunque el derecho de información no se agote con la puesta a disposición de los documentos del artículo 272 LSC, la jurisprudencia ha contemplado la posibilidad de denegar la solicitud de información a los socios si estos no han acudido a la información ya facilitada por la Sociedad. Esto se debe al deber de ejercitar el derecho de información con buena fe, *«no pudiendo limitarse – el socio – a impugnar la Junta General celebrada, invocando su infracción, cuando el mismo no hizo uso de los mecanismos legales que la legislación societaria pone a disposición de los socios para obtener la información pertinente que garantice el ejercicio de este derecho»*¹⁴. De esta manera, si D. Omar no ha accedido a la información ya disponible sobre las cuentas anuales, esto puede invalidar sus pretensiones sobre vulneración del derecho a la información si la Sociedad no atiende su petición.

Por último, conviene señalar que, ante la negativa de la Sociedad de atender la solicitud de D. Omar, si este optase por plantear sus cuestiones durante la celebración de la junta, la Sociedad podrá seguir negándose a aportar la información sin que ello afecte a la validez de los acuerdos sociales¹⁵.

¹³ **Sentencia de la Audiencia Nacional de Navarra (Sección 3ª) 106/2021, de 17 de febrero de 2021:** *«Y resulta elemental que, además de carecer de un derecho estricto, se hace un uso indebido del derecho de información residenciado en art. 196.3 TRLSC, cuando se utiliza como instrumento de obstrucción de la actividad social o con el propósito de sobreponer a los intereses mayoritarios el particular del accionista que solicita la información, al no obedecer a una verdadera y real necesidad (STS 804/2002, de 31 de julio, RJ 2002, 8437)».*

¹⁴ **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 803/2014, de 19 de noviembre de 2014.**

¹⁵ **Sentencia de Audiencia Provincial de Oviedo 303/2016, de 11 de noviembre de 2016:** *«[...] no son impugnables los acuerdos sociales por infracción del derecho de información del socio ejercitado durante la junta, tanto si se trata de una sociedad anónima como de una sociedad de responsabilidad limitada. Aun cuando el art. 196 LC guarde silencio al respecto, no hay razón alguna que justifique esa diferencia de trato entre ambos tipos sociales, máxime cuando el art. 204.3· les da el mismo tratamiento. Con dicha previsión legal, lo que se está intentando es que el accionista ejercite su derecho de información antes de la junta y evitar así ejercicios abusivos de ese derecho de información durante la junta».*

3.2.3. *Coste desproporcionado de la puesta a disposición.*

Adicionalmente, la Sociedad podrá negar la información, sin que constituya una vulneración de los derechos del socio, cuando su elaboración o puesta a disposición suponga un gasto o esfuerzo excesivo respecto al beneficio que pueda recibir el solicitante. No obstante, ello no aplicará respecto de la información obligatoria para la Sociedad¹⁶.

A modo de conclusión, con independencia de que el acuerdo de la junta no sea impugnabile en atención a las causas anteriores, el socio que haya visto frustrada su petición podrá reclamar judicialmente la entrega de la información y la indemnización de los perjuicios causados a la sociedad¹⁷. Distinto es que no tenga derecho a obtenerla por ninguna de las dos vías por no estar amparada por el derecho a la información.

3.3. **Forma y plazos para la puesta a disposición de la información.**

En este caso, al encontramos ante una petición escrita, el artículo 196.2 LSC requiere que la información solicitada se entregue por el mismo medio, luego deberá realizarse por escrito y deberá responder de forma suficiente a las cuestiones planteadas por el socio.

En cuanto al plazo para su puesta a disposición, según el artículo mencionado, el Consejo de Administración de la Sociedad deberá realizarla teniendo en cuenta el momento en que se presenta la solicitud, así como la naturaleza de la información solicitada. Ante este silencio sobre el plazo para dar respuesta se pronuncia la **Audiencia Provincial de Córdoba en su Sentencia 146/2010, de 29 de julio de 2010**, señalando que la información deberá concederse por los administradores con anterioridad a la celebración de la junta, pudiendo darse casos en los que se entregue el mismo día dada la complejidad de la información. Sin embargo, también señala que, para que la actuación de los administradores sea conforme a la buena fe, debe existir un tiempo de antelación suficiente para que el socio pueda tomar, racionalmente, conocimiento efectivo de los datos aportados.

¹⁶ **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Navarra 135/2020, de 16 de noviembre de 2020.**

¹⁷ Conde Tejón, A., “El derecho de información de los socios como medio de control de la actuación de los administradores. El difícil equilibrio para evitar los supuestos de abuso. Propuestas prácticas de mejora”, en Estudios sobre Órganos de las Sociedades de Capital; *Aranzadi*; 1ª Edición, Pamplona, 2017.

PARTE III

1. OPCIONES PARA LA ADQUISICIÓN DE SUMMER SOUND BARCELONA, S.L.U. POR EL GRUPO.

En este caso, para que la Sociedad adquiriera el control del 100% de SUMMER SOUND BARCELONA, recomendamos optar por realizar una fusión. De esta forma, las sociedades fusionadas transmitirían su patrimonio a la sociedad resultante, atribuyendo a los socios de la sociedad extinguida participaciones en la sociedad que resulte. Así, la Sociedad podrá optar por mantener una de las fusionadas – fusión por absorción –, o crear una entidad nueva – fusión por creación – (artículo 33 RDL 5/2023).

1.1. Fusión por absorción.

Si se decide optar por una fusión por absorción (artículo 34.2 RDL 5/2023), una de las sociedades fusionadas pasará a formar parte de la absorbente, que adquirirá el patrimonio de la absorbida, la cual se extinguirá. En este caso, podemos encontrarnos ante dos posibilidades: (i) la fusión impropia de la Sociedad con la Subfilial, o (ii) la fusión inversa de la Subfilial y la Filial.

1.1.1. Fusión impropia: Sociedad-Subfilial.

De esta manera, la primera de las opciones se recoge en el artículo 53 RDL 5/2023, que contempla la fusión impropia para el caso de sociedades íntegramente participadas por la absorbente, ya sea de forma directa o indirecta. De este modo, la Sociedad, por ser socio único de la Filial, que a su vez lo es de la Subfilial, podrá optar por este tipo de fusión, ya que ostentaría indirectamente la totalidad de las participaciones de SUMMER SOUND BARCELONA.

Con esta opción, la Sociedad se beneficiaría de un proceso más conciso y ágil en la ejecución de la fusión. Así, el proyecto común de fusión en este caso, al ser la titularidad de las participaciones indirecta, no tiene que incluir, necesariamente, los contenidos relativos al tipo de canje, el modo de entrega de las participaciones, las fechas de las cuentas de las sociedades que se han empleado para fijar las condiciones de la fusión, o aquellas que hagan referencia a la creación de una nueva sociedad. Por otro lado, tampoco será necesaria la emisión del informe de los administradores por cuanto estos, al estar la Subfilial íntegramente participada de forma indirecta, habrán sido nombrados por la Sociedad, mediando una estrecha relación entre los distintos órganos de administración. Igualmente, tampoco se requerirá que la junta de la absorbida apruebe la fusión, bastando el acuerdo de los administradores; aunque sí será necesario el acuerdo de la junta de la absorbente al no tratarse de un supuesto de titularidad directa de la absorbida.

Por otro lado, para estos casos se necesitará informe de experto independiente relativo al proyecto de fusión, y, en su caso, realizar un aumento de capital para incluir el patrimonio de la Subfilial en la Sociedad. Es más, si la fusión provocara la reducción del patrimonio neto de la Filial por las participaciones que ostenta de la Subfilial – lo cual se da en este caso –, la Sociedad estaría obligada a compensar a la Filial por «*el valor razonable de esa participación*» (artículo 53.2 RDL 5/2023).

1.1.2. Fusión inversa: Subfilial-Filial.

En segundo lugar, se podría realizar una fusión inversa entre la Subfilial y la Filial. Esta opción se recoge en el artículo 56 RDL 5/2023, y permitiría, en nuestro caso, la absorción de SUMMER SOUND, que ostenta la totalidad de las participaciones de la Subfilial, por esta última, que sería la absorbente.

De esta forma, se mantendrían los beneficios aparejados a la fusión impropia, en cuanto a una tramitación más ágil y sujeta a menos requisitos y gastos. Es más, el procedimiento abreviado con esta opción no exige – como sí lo hacía respecto de la fusión impropia en nuestro caso – informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión, ni ampliación de capital en la absorbente. Tampoco se deberá proceder a la compensación prevista para la fusión impropia, al no mediar sociedad no interviniente en esta operación.

No obstante, la **Resolución de 1 de marzo de 2019 de la DGRN**, fija que, en caso de fusiones inversas, aunque no sea necesario el acuerdo de la junta general de la absorbente, sí lo es el de la junta general de la sociedad absorbida.

«De igual modo, en el supuesto de fusión por absorción inversa, los socios de la sociedad a extinguir, la sociedad absorbida, deben ser llamados a pronunciarse en junta general porque son sus intereses de socio los que se discuten y los que, eventualmente, se transforman en la atribución de acciones o participaciones de la sociedad absorbente».

Por lo tanto, teniendo en cuenta las ventajas e inconvenientes que ofrecen las dos opciones mencionadas, recomendamos a la Sociedad optar por la fusión inversa de la Subfilial con la Filial. Esta opción es la más beneficiosa, ya que exige menos requisitos y lleva menos costes aparejados. Además, supone la extinción de SUMMER SOUND (artículo 34.2 RDL 5/2023), y conservaría la estructura de la Sociedad.

1.2. Fusión por creación de una NewCo.

Adicionalmente, exponemos la posibilidad de realizar una fusión por creación de una nueva empresa (artículo 34.1 RDL 5/2023). En caso de optar por fusionar ambas empresas creando una

NewCo o empresa de nueva creación, la operación conllevaría la extinción tanto de la Sociedad, como de la Subfilial. La NewCo adquiriría los patrimonios de ambas, integrando el activo y el pasivo por sucesión universal y subrogándose en las obligaciones y derechos de las extinguidas.

No obstante, esta opción no es recomendable, ya que, de un lado, implicaría muchos más gastos en la constitución de la nueva empresa y esfuerzos adicionales para posicionarla, y por otro, difuminaría la identidad de cada sociedad.

1.3. Transmisión del patrimonio al socio único.

Por último, cabe mencionar la opción recogida en el artículo 57 RDL 5/2023, la cual permite, en una operación asimilada a la fusión impropia, que una sociedad, extinguiéndose, transmita a su socio único la totalidad de su patrimonio. En nuestro caso, se traduciría en que SUMMER SOUND transmitiera en bloque todo su patrimonio a la Sociedad, que, por tanto, pasaría a ser titular directa de las participaciones de la Subfilial.

No obstante, el principal inconveniente de esta operación sería la subrogación de la Sociedad en las obligaciones de SUMMER SOUND, ya que esta última cuenta con grandes pérdidas acumuladas. Por lo tanto, nuestra recomendación se mantiene respecto a la fusión inversa.

2. PASOS PARA LIQUIDAR SUMMER SOUND, S.L.U.

Para el supuesto en que la Sociedad optase por una de las opciones anteriores que no conlleve de por sí la extinción de la Filial, procedemos a explicar los pasos a seguir para liquidar SUMMER SOUND (artículos 371 y ss. LSC).

2.1. Inicio del periodo de liquidación.

Una vez disuelta la sociedad, comienza el periodo de liquidación, durante el cual, SUMMER SOUND conservará su personalidad jurídica y deberá cambiar su denominación social para incluir la expresión «*en liquidación*».

Igualmente, cesarán los administradores, que ya no ostentarán poderes de representación, para convertirse en los liquidadores de la sociedad, ello salvo que los estatutos o la junta que acuerde la liquidación establezcan otro criterio para el nombramiento de los liquidadores. Este cargo lo realizarán por tiempo indefinido, y llevará aparejado el poder de representación de SUMMER SOUND de forma individual, salvo que los estatutos de la sociedad prevean otra cosa. Esta facultad de representación cubrirá todas las actuaciones necesarias para liquidar SUMMER SOUND. Adicionalmente, los que hubieran ejercido como administradores con anterioridad, podrán ser requeridos para colaborar en el proceso de liquidación.

2.2. Formulación del inventario y del balance de la sociedad.

Una vez nombrados los liquidadores, estos tendrán un plazo de tres meses tras el comienzo de la fase de liquidación - día de la disolución - para formular el balance y el inventario de SUMMER SOUND.

2.3. Operaciones de liquidación.

Tras la formulación del balance y el inventario de la sociedad, los liquidadores procederán a liquidar SUMMER SOUND. Para ello, los liquidadores tienen reconocidas las siguientes competencias:

- En virtud del poder de representación que ostentan, como se ha comentado *ut supra*, los liquidadores tienen la capacidad de representar a la sociedad ante los tribunales, así como negociar en su nombre procurando siempre la satisfacción del interés social.
- Capacidad para el cobro de créditos y pago de las deudas de la sociedad.
- Llevanza de la contabilidad de la sociedad, y custodia de los libros y demás documentos contables.
- Enajenación de los bienes de la sociedad.

Además de las facultades que les reconoce la ley, los liquidadores tienen el deber de remitir información periódica a los socios y a los acreedores de la sociedad para mantenerlos informados sobre el estado del proceso de liquidación, valiéndose del medio más eficaz para ello. De esta forma, si llegara el momento de aprobar las cuentas anuales sin que se haya completado la liquidación, *«los liquidadores presentarán a la junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación»* (artículo 388 LCS).

2.4. Presentación y aprobación del balance final de liquidación.

Cuando los liquidadores hayan concluido las operaciones de liquidación de SUMMER SOUND, someterán un balance final a la aprobación de la junta general (artículo 390 LSC), que irá acompañado de un informe de las operaciones efectuadas, así como de un proyecto de división del activo restante entre los socios. No obstante, hay que tener en cuenta que los socios que voten en contra del acuerdo podrían impugnarlo en el plazo de dos meses desde su adopción. En este

caso, el juez, de admitir la impugnación, acordará su anotación preventiva en el Registro Mercantil.

Por otro lado, en caso de que la liquidación no finalizara antes del plazo de tres años contados a partir de su inicio y los liquidadores no hubieran presentado aún el balance final, *«cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores»* (artículo 389.1 LSC). De esta forma, el Secretario judicial o Registrador mercantil procederá a separar a los liquidadores si no se justifica el retraso sufrido, nombrando a quienes considere en su lugar.

2.5. La división del patrimonio de la sociedad y el pago de la cuota.

Aprobado el balance final de liquidación por la junta general, se procederá a la división del patrimonio restante de la sociedad atendiendo a las normas estatutarias de SUMMER SOUND, o aquellas que acuerde la junta.

En este caso, ya que la sociedad no tiene deudas ni créditos pendientes, no será necesario recabar la aprobación previa de los acreedores, pudiendo satisfacer a los socios la cuota de liquidación directamente. Dicha cuota será proporcional a la participación que cada uno de los socios tenga en el capital social, salvo disposición estatutaria en contrario.

El pago se realizará bien (i) transcurrido el plazo de dos meses mencionado para la impugnación del balance final, sin que se haya presentado ninguna; o, (ii) de haberse formulado reclamaciones al respecto, tras adquirir firmeza las sentencias que se pronuncien sobre ellas. Sin embargo, el artículo 101 LSC establece la preferencia en el cobro de aquellos socios titulares de participaciones sin voto. Así, estos tendrán derecho a percibir el reembolso de su valor antes que el resto de los socios.

Por otro lado, SUMMER SOUND deberá consignar en la caja General de Depósitos las cuotas que no se reclamen antes del plazo de noventa días tras el acuerdo de pago, quedando a disposición de sus titulares.

2.6. Extinción de la sociedad.

Una vez pagadas las cuotas de liquidación, los liquidadores deberán elevar a público la extinción de SUMMER SOUND, haciendo constar en la escritura pública los contenidos recogidos en el artículo 395 LSC:

- El transcurso del plazo de dos meses para impugnar el balance final, o la firmeza de la sentencia en caso de haberse formulado reclamación.

- El pago a los acreedores o la consignación de sus créditos – en este caso no aplicaría al no concurrir deudas ni créditos pendientes –.
- El pago de la cuota de liquidación a los socios o su consignación.

Además de estas menciones, la escritura de extinción deberá ir acompañada del balance final y de la relación de los socios, especificando «*su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno*» (artículo 395.2 LSC).

Posteriormente, los liquidadores deberán inscribir la escritura y depositar los libros y el resto de los documentos de la sociedad en el Registro Mercantil, quedando cancelados todos los asientos relativos a SUMMER SOUND, y extinguida la sociedad.

2.7. Aparición de activos y pasivos sociales con posterioridad a la cancelación de los asientos.

En caso de que, una vez cancelados los asientos de SUMMER SOUND, apareciesen nuevos activos, los liquidadores distribuirán entre los socios una cuota adicional en función de su valor – previa liquidación de estos cuando corresponda –. No obstante, si no se distribuye la cuota adicional, o se hace de forma defectuosa, habiendo pasado seis meses desde que se requiriera a los liquidadores para ello, los interesados podrán solicitar al juez del último domicilio social la sustitución de dichos liquidadores.

Por otro lado, si, por el contrario, apareciesen nuevos pasivos de la sociedad, los socios responderían de forma solidaria hasta la cantidad que hubiesen obtenido como cuota de liquidación. En su caso, también podría concurrir la responsabilidad de los liquidadores por estas nuevas deudas de concurrir dolo o culpa en el desempeño de sus funciones.

3. OPCIONES DE ADQUISICIÓN DE BZRP HITS, S.A.

3.1. La oferta pública de adquisición u “opa”.

Al tratarse de una sociedad anónima que forma parte del Ibex-35, de concurrir los supuestos del artículo 109 LMVSI, entra en juego la formulación de ofertas públicas de adquisición para la compraventa de acciones. De esta forma, la Sociedad, en la adquisición de acciones de Biza, puede verse en la obligación de lanzar una OPA, ofreciendo a todos los accionistas de Biza la compra de sus acciones a cambio de un precio. Estas opas podrán ser obligatorias o voluntarias en función de una serie de circunstancias.

3.1.1. *Opas obligatorias.*

En primer lugar, la Sociedad estaría obligada a realizar una opa por la totalidad de las acciones de Biza, dirigiéndose a todos los accionistas con un precio equitativo, **si alcanza el control de la sociedad**. De esta forma, la opa tendrá que realizarse, en este caso, en el plazo de un mes desde la toma de control (artículo 3.4 RD 1066/2007).

A la hora de calcular el precio equitativo, el artículo 110 LMVSI señala que este será igual o superior al precio más alto acordado por el adquirente – en este caso, la Sociedad – o aquellos en concierto con él por los mismos valores en los doce meses anteriores al anuncio de la oferta (art. 9 RD 1066/2007). Sin embargo, la CNMV puede variar este precio de forma motivada, teniendo en cuenta criterios como «*el valor medio del mercado en un determinado periodo; el valor liquidativo de la sociedad u otros criterios de valoración objetivos generalmente utilizados*» (artículo 110 LMVSI).

Esta toma de control se produciría en caso de que la Sociedad adquiriera acciones de Biza que le confieran derechos de voto en esta última (artículo 108.a LMVSI), alcanzando, al menos, el 30% de los votos, o, alternativamente, con la designación de más de la mitad de los administradores de Biza tras la adquisición de un porcentaje inferior de acciones (artículo 111.1 LMVSI). Este último supuesto exige que el nombramiento de los administradores se produzca en los veinticuatro meses siguientes a la adquisición de las acciones (art. 4.1.b RD 1066/2007).

Si la Sociedad, de estar obligada a formular opa, incumpliese con esta obligación, podrá ser sancionada según lo dispuesto en los artículos 112 LMVSI y 27 RD 1066/2007. Entre otros, la Sociedad no podrá hacer uso de los derechos políticos asociados a los valores que adquiriera.

3.1.2. *Opas voluntarias.*

Por otro lado, de no reunirse los requisitos descritos para la opa obligatoria, esta podría realizarse de forma voluntaria. De este modo, la oferta no estaría sometida a los requisitos legales en cuanto al precio o número de acciones, pudiendo la Sociedad fijar sus propias condiciones (art. 117 LMVSI). Además, en caso de darse una toma de control a raíz de la opa voluntaria, siempre que haya sido por la totalidad de los valores y siguiendo los requisitos de la LMVSI, no será necesario realizar una opa obligatoria.

3.2. **Opciones de adquisición de Biza.**

Respecto a la adquisición de Biza, analizamos la conveniencia de cada una de las opciones que ha presentado la Sociedad, teniendo en cuenta las reglas imperativas que pueden resultar aplicables.

3.2.1. Adquisición de un 29,99% de las acciones de Biza.

En primer lugar, la Sociedad plantea la adquisición del 29,99% de las acciones de Biza. Ahora bien, si se adquiere el 29,99% de las acciones, ello situaría a la Sociedad justo por debajo del límite de una toma de control que hemos mencionado, por lo que no sería obligatorio formular una opa en este caso.

No obstante, hay que considerar la posibilidad de que, a estos efectos, compute igualmente el porcentaje que ostenta el consejero delegado de la Sociedad – D. Raúl, con un 6% -. A este respecto, el artículo 111 LMVSI establece que, para el cómputo de los votos en la toma de control, se considerarán de forma conjunta los votos de la persona adquirente y los de las personas en concierto con ella. El artículo 5 RD 1066/2007 desarrolla esta presunción en su apartado 1 letra a, señalando que se considerarán votos de una única persona a efectos de valorar la toma de control «*los de los miembros de sus órganos de administración*».

De esta manera, las acciones de D. Raúl computarían junto con el 29,99% de la Sociedad, superándose el umbral de la toma de control, lo que generaría la obligación de formular una opa en este caso.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de resultar obligatoria la formulación de la opa por toma de control, cabe la posibilidad de que la CNMV dispense a la Sociedad – a petición de esta – de la obligación de formular opa si el porcentaje adquirido, aunque supere el 30%, es inferior al ostentado por otro de los accionistas de la sociedad (artículo 4 RD 1066/2007). Sin embargo, aunque se acuerde la dispensa, esta obligación de formular opa volverá a operar si se alteran las circunstancias que permitieron su dispensa, es decir, si la Sociedad designase a más de la mitad de los miembros del consejo de Biza, o si las acciones de la Sociedad superasen a las del socio concurrente. Si, aun así, la Sociedad no quisiera formular una opa, tendrá tres meses para subsanar la situación.

3.2.2. Adquisición de un 12% de las acciones de Biza y un pacto de voto con otro de los accionistas.

En segundo lugar, la Sociedad propone la adquisición de un 12% de las acciones de Biza, a la vez que la suscripción de un pacto de voto con D^a Natalia, una de los accionistas de Biza que ostenta un 28% de las acciones.

En este caso también concurre la obligación de formular una opa, a pesar de que sólo suscribe el 12% de las acciones, inferior al 30% necesario para la toma de control. Esto se debe a que, a efectos del cómputo del porcentaje de voto, se atribuyen a la misma persona los pertenecientes a

aquellos accionistas que tengan suscrito un pacto parasocial, como es el caso (artículos 3 y 5.1.b RD 1066/2007 y 108.b LMVSI).

No obstante, está en duda si la opa debe ser formulada en este caso por D^a Natalia o por la Sociedad, ya que el artículo 3.3 RD 1066/2007 establece que en caso de concurrir varios accionistas en la toma de control por pacto parasocial, el que tenga «*directa o indirectamente, el mayor porcentaje de derechos de voto*» será el obligado a formular la opa. Por lo tanto, aunque Natalia tenga en este caso un mayor porcentaje de voto, habrá que estar a lo dispuesto en el pacto parasocial.

3.2.3. *Adquisición del 100% de las acciones de Biza.*

En tercer lugar, la Sociedad plantea la adquisición de la totalidad de las acciones de Biza. En este caso también será obligatoria la formulación de una opa por toma de control, por los motivos anteriormente expuestos.

No obstante, si la Sociedad lanza una opa sobre la totalidad de las acciones de Biza, cabe la posibilidad de que, una vez finalizado el plazo de aceptación del artículo 23 RD 1066/2007, queden accionistas que no hayan accedido a la oferta. En caso de la Sociedad haya conseguido, al menos, el 90% de los votos de Biza, y que estos accionistas disidentes no superen el 10% del capital restante, habiendo aceptado la oferta el resto de socios, cabría la posibilidad de acudir a una compra forzosa de estas acciones disidentes.

El artículo 116 LMVSI recoge esta opción de *squeeze out/sell out* de forma que «*el oferente podrá exigir a los restantes titulares de valores que le vendan dichos valores a un precio equitativo*» o, igualmente, «*los titulares de valores de la sociedad afectada podrán exigir del oferente la compra de sus valores a un precio equitativo*».

3.3. Tramitación de la opa obligatoria.

En los casos en los que proceda realizar una opa de forma obligatoria por la Sociedad, esta deberá solicitar autorización por escrito a la CNMV, detallando las características principales de la operación, así como acompañando los documentos que acrediten el acuerdo y el folleto explicativo de la oferta (artículos 17-21 RD 1066/2007).

Para solicitar la autorización la Sociedad dispondría del plazo de un mes (i) desde la fecha en la que haya publicado la decisión de realizar la oferta o (ii) desde que se haya producido la toma de control. La CNMV la admitirá a trámite en un plazo de siete días, presumiéndose admitida la operación en caso de no resolver transcurrido este periodo. Una vez admitida, la solicitud será aprobada o denegada por la CNMV en un plazo de veinte días hábiles desde que su recepción.

De esta manera, la Sociedad deberá publicar anuncio de la oferta en un plazo de cinco días hábiles siguiendo lo establecido en el artículo 22.1 RD 1066/2007:

«A dicho fin habrá de publicar los anuncios correspondientes, en el “Boletín de Cotización” de las Bolsas de Valores donde los valores afectados estén admitidos a negociación y en todas ellas si están integrados en el Sistema de Interconexión Bursátil Español, y, como mínimo, en un periódico de difusión nacional».

Además, a partir del día bursátil tras la publicación del anuncio, la Sociedad deberá facilitar a los interesados el folleto de la oferta y la documentación que la acompaña (artículo 20 RD 1066/2007). Para ello bastará, entre otros, con su publicación en la página web de la Sociedad.

Igualmente, según el artículo 25 RD 1066/2007, los Consejos de Administración de ambas empresas deberán informar a los trabajadores – pudiendo valerse de los representantes, en su caso –, remitiendo el folleto de la opa. Por otro lado, en virtud del artículo 24 RD 1066/2007, también será necesario un informe por parte del Consejo de Administración de Biza acerca de la oferta, posicionándose y detallando los datos relevantes. Este informe deberá realizarse en 10 días naturales tras el inicio del plazo para aceptar la oferta, y se remitirá dentro de dicho plazo a la CNMV para su incorporación al expediente de la opa, y a la representación de los trabajadores de Biza.

4. NORMATIVA APLICABLE DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El artículo 26 RD 1066/2007 establece que, en caso de tener la obligación de emitir una opa, la Sociedad podría tener que solicitar, además de la autorización de la CNMV, otra autorización a las autoridades de defensa de la competencia que, igualmente, deberá ser acreditada ante la CNMV.

Esta segunda autorización sería necesaria en caso de que la opa pueda dar lugar a una concentración económica, aunque se limite al territorio nacional.

4.1. Existencia de concentración económica.

La concentración económica, según la LDC, se produce *«cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas»* (artículo 7 LDC). Esto puede darse como consecuencia de la adquisición de una empresa por otra, adquiriendo la última el control sobre la primera, tal como sería nuestro caso en el que la Sociedad ha adquirido parte, o la totalidad, de Biza. – de conformidad con los supuestos analizados *ut supra* –.

Por tanto, asumiendo que, a raíz de la adquisición de Biza, se produce una concentración económica, podría aplicar el sistema de control previo establecido en la LDC para los siguientes

supuestos: (i) si la concentración provoca la adquisición de, al menos, el 30% del «mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo» (artículo 8.1.a LDC), o (ii) que la suma de la cifra de negocios global en España de ambas empresas superen «en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros».

Respecto al primero de los supuestos de concentración económica, se exceptúan de los controles de competencia las concentraciones en las que, a pesar de cumplir los requisitos, la cifra de negocios global en España de la adquirida, o la suma de los activos adquiridos en el último ejercicio contable, sean igual o inferiores a 10 millones de euros. Ello si las partícipes no poseen una cuota conjunta de más del 50% de los mercados afectados.

Por otro lado, es importante señalar que, en caso de que la eventual concentración económica pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, así como «afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud»¹⁸, los Estados miembros estarán facultados para pedir a la Comisión Europea el examen de dicha concentración. De esta forma, la Comisión Europea será competente para examinar dicho supuesto de concentración, tras la remisión por la CNMC, que archivará la notificación en España (artículo 57 LDC).

Por último, cabe mencionar la posibilidad de dirigir una consulta a la CNMV con carácter previo para determinar si en un supuesto concreto nos encontramos ante una concentración económica, y que, por tanto, procede notificar a las autoridades de la competencia (art. 55.2 LDC).

4.2. Efectos sobre la opa.

Por lo tanto, en caso de poder darse una concentración económica, la Sociedad deberá solicitar una autorización a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) antes de lanzar la opa. De este modo, el artículo 26 RD 1066/2007 permite a la Sociedad condicionar la eventual opa a la obtención de la autorización por la CNMC, o, en su defecto, a la falta de oposición. Por el contrario, si se opta por no condicionar la opa, se seguirán directamente los mecanismos de control de la LCD. No obstante, al condicionar la opa, nos podemos encontrar ante varios escenarios:

¹⁸ Artículo 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”).

- (i) Si la CNMC no presenta oposición antes de que finalice el plazo para aceptar la oferta, la opa desplegará todos sus efectos.
- (ii) Si la CNMC declara la improcedencia de la operación en el mismo plazo anterior, la Sociedad deberá desistir.
- (iii) Si la CNMC pone alguna condición para prestar la autorización dentro del plazo anterior, la Sociedad estará facultada para desistir.
- (iv) Si la CNMC no se hubiera pronunciado antes de que finalice el plazo para aceptar la oferta, la Sociedad podrá desistir. Además, ante esta falta de pronunciamiento, la Sociedad no podrá ejercer sus derechos políticos respecto al exceso de acciones que determinara la toma de control de Biza.

Adicionalmente, de optarse por el desistimiento en cualquiera de las tres últimas opciones, la Sociedad *«deberá enajenar el número de valores necesarios para reducir el porcentaje de derechos de votos por debajo de la participación de control, en el plazo de tres meses o resolver el pacto parasocial, acuerdo, o concierto en cuya virtud se hubiera alcanzado tal participación, en el mismo plazo»* (artículo 26.1 RD 1066/2007).

De no obtener autorización tácita o expresa por parte de las autoridades de la competencia, la Sociedad tampoco podrá obtener la autorización de la CNMV. Además, al tratarse de opas obligatorias por toma de control, la Sociedad, cuando sea oferente, no podrá ejercer los derechos políticos respecto de las acciones que superen el umbral para el control de Biza hasta obtener una resolución. Igualmente, si esta resolución termina siendo negativa, la entidad oferente está obligada a *«enajenar el número de valores necesarios para reducir el porcentaje de derechos de votos por debajo de la participación de control en el plazo de tres meses desde la notificación de la correspondiente resolución o resolver el pacto parasocial, acuerdo, o concierto en cuya virtud se hubiera alcanzado tal participación, en el mismo plazo»* (artículo 26.2 RD 1066/2007).

Por todo ello, dependiendo de si la suscripción de acciones de Biza por la Sociedad comporta una concentración económica o no, ello puede dificultar en gran medida la operación si no se obtuviera autorización de las autoridades de la competencia. Consecuentemente, recomendamos que, en caso de que se requiera autorización, esta debería regularse como una condición suspensiva a la OPA.

Esta es nuestra opinión que sometemos, gustosamente, a cualquier otra mejor fundada en Derecho.