



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Realizado por:

Guillermo García-Escribano Martín

Tutor:

D. Jesús Quesada Ruiz

Madrid

Diciembre 2023

Resumen

Este trabajo consiste en un dictamen jurídico que pretende asesorar a una sociedad ficticia (LATINO GANG INC.) en el proceso de adquisición de otra sociedad ubicada en España (PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.). Para ello, se analizarán las distintas cuestiones jurídicas que se plantean y se propondrá la solución más adecuada teniendo en cuenta los intereses y las circunstancias del cliente.

Palabras clave

Due diligence, marca, alta dirección, *specific indemnity*, ampliación de capital, junta general, fusiones y adquisiciones, sociedad limitada, sociedad anónima.

Abstract

This paper consists of a legal opinion that aims to advise a fictitious company (LATINO GANG INC.) throughout the acquisition process of another company based in Spain (PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.). Therefore, we will analyse all the different legal issues that arise and we will provide our client with the most appropriate solution according to his interests and circumstances.

Keywords

Due diligence, brand, top management, specific indemnity, capital increase, general meeting of shareholders, mergers and acquisitions, limited liability company, stock corporation.

ÍNDICE

Contenido

INTRODUCCIÓN AL CASO	6
PARTE 1.....	7
1.1 CONTINGENCIAS FISCALES	7
1.2 PATENTES Y MARCAS	11
1.3 CONTINGENCIA LABORAL: DESPIDO DE D. PATRICIO QUEVEDO	15
1.4 MECANISMO CONTRACTUALES DE PROTECCIÓN	19
PARTE 2.....	21
2.1 DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS	21
A) EQUILIBRIO PATRIMONIAL.....	22
B) RESERVAS LEGALES Y ESTATUTARIAS.....	25
C) GASTOS DE I+D	26
D) AUTOCARTERA.....	26
2.2 PROPUESTA DE NOMBRAMIENTO DE LEWIS GARCÍA	28
2.3 DERECHO DE INFORMACIÓN DEL SOCIO	34
PARTE 3.....	38
3.1 SUMMER SOUND, S.L.U.....	38
3.2 ADQUISICIÓN DE BZRP HITS, S.A.....	42

INTRODUCCIÓN AL CASO

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

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

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

En la primera parte, analizaremos las contingencias detectadas relativas al proceso de adquisición de la Sociedad, abordando cuestiones de carácter fiscal, civil, laboral y mercantil.

En la segunda parte, una vez completada la adquisición de la Sociedad, trataremos problemas de tipo societario, desde el proceso de distribución de dividendos hasta cuestiones relativas a los derechos y deberes de los socios, pasando por el régimen de responsabilidad de los administradores.

Finalmente, en la tercera parte, abordaremos distintos modelos de reestructuración societaria y analizaremos los diferentes escenarios que se plantean en relación con la adquisición de un porcentaje significativo de acciones de una sociedad anónima cotizada.

PARTE 1

1.1 CONTINGENCIAS FISCALES

Se nos comunica que la Sociedad no declaró a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, **AEAT**) en su debido momento más de un millón de euros en ingresos derivados de conciertos virtuales a través de la plataforma TikTok, obtenidos a lo largo del 2020 durante los meses de pandemia. Al Grupo le preocupa la posibilidad de que la AEAT, inicie una investigación en relación con este asunto. Por tanto, se nos pide que valoremos la idoneidad de una regularización fiscal frente a ignorar el asunto, así como todos los posibles costes relacionados con ambas opciones.

Para poder tomar la decisión más adecuada debemos analizar una serie de cuestiones previas:

En primer lugar, si la entidad **LATINO** deviene responsable de las deudas tributarias de la Sociedad tras la adquisición del 51% de su capital social. En otras palabras, si existe responsabilidad tributaria por sucesión de empresa.

En segundo lugar, en caso de que exista tal responsabilidad tributaria, es preciso analizar si los conciertos virtuales desarrollados en plataformas como TikTok están sujetos a algún tipo de impuesto.

Finalmente, si existe responsabilidad tributaria y además se confirma que se debió declarar el millón de euros obtenidos a través de dichos conciertos virtuales, pasaremos a analizar el proceso de regularización fiscal y los posibles costes asociados.

Comenzando con la primera de las cuestiones, es decir, si LATNO es responsable de las deudas tributarias de la Sociedad tras la adquisición del 51% de su capital social, deberemos estar a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria¹ (en adelante, **LGT**). Dicho artículo señala que *serán responsables solidarios de la deuda tributaria las personas o entidades que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175 de esta ley, la*

¹ BOE nº 302, de 18 de diciembre de 2003.

responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse.

En este sentido, cualquier persona, sea física o jurídica, que suceda a otra en su actividad será responsable de sus deudas tributarias.

Adicionalmente, con carácter previo a la adquisición del capital social de la Sociedad y con el permiso de dicha entidad, se podría solicitar un certificado especial a la Agencia Tributaria para asegurar si efectivamente existen deudas sociales, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. Una vez se solicita dicho certificado, la Administración tributaria debe expedirlo en el plazo de tres meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175.2 LGT. Transcurrido este plazo, pueden ocurrir dos cosas: por un lado, que la AEAT conteste señalando la existencia de deudas, en cuyo caso nos indicarán la cuantía exacta que habrá de abonarse; de otro lado, que no contesten, en cuyo caso ya no podrán exigir al adquirente tales deudas tributarias.

No obstante, solicitar este certificado solamente tendría sentido si se tiene intención de regularizar la situación con la AEAT, ya que, de lo contrario, podrían alarmarse y proceder a una inspección fiscal.

A continuación, pasamos a analizar la segunda de las cuestiones previas: si los conciertos virtuales desarrollados en plataformas como TikTok están sujetos a algún tipo de impuesto y, en caso de ser así, si la cuantía no satisfecha sigue siendo exigible a día de hoy.

Efectivamente, los ingresos obtenidos a través de conciertos, sean o no virtuales, están sujetos al impuesto de sociedades (en adelante, IS), al impuesto de valor añadido (en adelante, IVA) y al impuesto de actividades económicas (en adelante, IAE).

Comenzando con el IS, se encuentra regulado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades² (en adelante, LIS) y desarrollado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades³.

² BOE nº 288, de 28 de noviembre de 2014.

³ BOE nº 165, de 11 julio de 2015.

Si acudimos a lo dispuesto en el artículo 4 y 27 LIS, el hecho imponible es la obtención de renta del contribuyente durante el periodo impositivo, esto es, durante el ejercicio económico de la entidad, siendo consideradas como contribuyentes las personas jurídicas residentes en territorio español, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del mismo texto legal. Además, puesto que la Sociedad no se encuentra incluida entre ninguno de los supuestos previstos en el artículo 9 LIS, podemos concluir que efectivamente debió pagar el IS correspondiente a 2020.

Continuando con el IVA, este se encuentre regulado en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido⁴, (en adelante, **LIVA**), desarrollado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido⁵.

De acuerdo con el artículo 1 LIVA, el IVA grava bienes y servicios, debiendo entenderse por servicios, entre otros, los ingresos que se obtienen por conciertos virtuales al no tener la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes.

Por último, el IAE se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales⁶ (en adelante, **LRHL**).

De conformidad con el artículo 78 LRHL, el hecho imponible de este impuesto es el ejercicio, en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto. Asumimos que la actividad económica que desarrolla la Sociedad le supone la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, en el sentido del artículo 79 LRHL (en caso contrario, su actividad no estaría sujeta a este impuesto).

Habiendo confirmado que la Sociedad debió pagar el IS, IVA e IAE correspondiente a los ingresos de 2020, cabe plantearse si, a día de hoy, la deuda tributaria sigue siendo exigible o si, por el contrario, ha prescrito.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 66 LGT, el plazo de prescripción de los ingresos no declarados es de cuatro años, por lo que la deuda no ha prescrito. En

⁴ BOE nº 312, de 29 de diciembre de 1992.

⁵ BOE nº 314, de 31 de diciembre de 1992.

⁶ BOE nº 59, de 09 de marzo de 2004.

consecuencia, la Sociedad podría ser sancionada por infracción grave puesto que la base de la sanción, es decir, la cuantía no ingresada en la autoliquidación es superior a 3.000 € y se presume ocultación, siguiendo lo dispuesto en el artículo 191 LGT.

Las infracciones graves son sancionables con multa pecuniaria proporcional del 50 al 100%, graduable conforme a los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública.

El propio artículo 191 LGT señala que no se incurrirá en infracción tributaria si se regulariza con arreglo a lo dispuesto en el artículo 27 LGT.

Dicha regularización se llevaría a cabo mediante la presentación de declaración extemporánea de las cantidades insatisfechas siempre y cuando no hubiera habido requerimiento previo por parte de la AEAT. La regularización tributaria supondría la exclusión de la sanción, pero lógicamente iría acompañada de un recargo del 15% puesto que han pasado más de 12 meses desde el término del plazo establecido para su presentación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.2 LGT.

Si por el contrario no se regulariza la situación y se ignora el asunto, no solo se podría incurrir en una sanción de carácter grave, como ya hemos expuesto, sino que también se podría incurrir en responsabilidad penal por comisión de un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social previsto en los artículos 305 y siguientes del Código Penal castigado con pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuota defraudada⁷.

En consecuencia, debido a la gravedad de la situación, recomendamos encarecidamente a nuestro cliente que proceda a regularizar la situación a la mayor brevedad posible.

⁷ No obstante, no se incurrirá en delito fiscal si se regulariza la situación tributaria en los términos señalados en el apartado 4 del artículo 305 del Código Penal. Más concretamente, el artículo 305.4 señala que *se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

1.2 PATENTES Y MARCAS

Nuestro cliente nos comunica que la Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (en adelante, **OEMP**), la cual se concedió el 20 de octubre del 2022, y se publicó el 10 de diciembre de ese mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.

Sin embargo, la cantante Dña. Rosario García-Despechá ha interpuesto una acción ante los tribunales correspondientes alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes motivos: (i) su derecho es anterior en el tiempo al registro de la marca “MOTOPAPI” y, pese a no estar registrado en la OEMP, se considera marca de renombre debido a su conocimiento por cerca del 40% de los consumidores del mercado, (ii) su marca y logo podrían confundirse fácilmente con la de la Sociedad por su similitud fonética y aspecto visual (apenas dos letras de diferencia) y (iii) Dña. Rosario ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España). Se nos pide que valoremos la viabilidad de las reclamaciones de Dña. Rosario y si la Sociedad tiene cauces sólidos de defensa.

Con carácter previo a analizar la viabilidad de las reclamaciones de Dña. Rosario, así como la defensa de la Sociedad, es preciso abordar brevemente cuál es alcance de protección de las marcas no registradas en la legislación española, qué es el concepto de marca de renombre y cuáles han sido las principales consecuencias de las modificaciones implantadas por el Real Decreto-Ley, de 21 de diciembre de 2018, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados⁸.

Respecto al alcance la protección de las marcas no registradas, debemos acudir a lo dispuesto en la ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas⁹ (en adelante, **LM**). En este sentido, el artículo 2.1 establece que *el derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley*. Por tanto, los derechos de propiedad sobre una marca se despliegan desde el momento en que esta queda válidamente registrada en la OEPM,

⁸ BOE nº 312, de 27 de diciembre de 2018. El Título I, que comprende el artículo primero, contiene las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

⁹ BOE nº 294, de 08 de diciembre de 2001.

quedando fuera de tal protección todos aquellos signos distintivos que no se hubiesen registrado. Sin embargo, existen algunas excepciones como el caso de la marca notoriamente conocida.

Más concretamente, el artículo 6.2 LM señala, en su apartado d), que no podrán registrarse como marca aquellas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca sean “notoriamente conocidas” en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París¹⁰. Sin embargo, si acudimos al Convenio de París, no encontramos ninguna definición de marca notoria, sino que nos remiten a la delimitación que haga la autoridad competente del país del registro.

Así, la LM hacía una distinción entre el concepto de marca notoria y marca renombrada, distinción que, posteriormente, quedaría definitivamente sin efecto con las trasposiciones de la normativa de la Unión Europea operada por la reforma de 2018. En este sentido, la exposición de motivos de la LM señala que *la marca notoria es la conocida por el sector pertinente del público al que se destinan sus productos o servicios*. El artículo 8 añadía: *se entenderá por marca o nombre comercial notorios los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial*.

Respecto a la marca renombrada, el artículo 8.2 disponía, antes de la reforma de 2018, que *cuando la marca o nombre comercial fuesen conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados y el alcance de la protección se extenderá a cualquier género de productos, servicios o actividades*.

En otras palabras, antes de la reforma de 2018 la marca notoria era aquella generalmente conocida en un determinado sector al que se destinaban sus productos o servicios, mientras que la marca renombrada era aquella que era conocida por todo el público en general, independientemente del sector al que iban dirigidos sus productos o servicios.

Tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley, de 21 de diciembre de 2018, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, se termina con esta distinción para unificarlo

¹⁰ El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 entró en vigor el 7 de julio de 1884.

en una sola categoría de marca renombrada. Así, en su exposición de motivos, se define la marca renombrada como *la marca conocida por una parte significativa del público interesado en los productos o servicios*, alineándose con la jurisprudencia más extendida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la STJUE de 14 de septiembre de 1999, C-375/97¹¹, se dispone que una marca es notoria cuando una parte significativa del público interesado por los productos o servicios amparados por la marca anterior conoce esa marca, puesto que la normativa europea no establece un porcentaje mínimo de consumidores que deban conocer una marca para que sea renombrada.

Por tanto, habrá de analizarse caso por caso teniendo en consideración criterios cuantitativos: la cuota 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. Respecto de la extensión geográfica, la misma sentencia señala que no puede exigirse que el renombre exista en todo el territorio del Estado miembro, basta con que exista en una parte sustancial de este.

En consecuencia, Dña. Rosario deberá demostrar que su marca tiene la condición de renombrada en los términos señalados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puesto que, *a priori*, su reclamación se fundamenta en la mera afirmación de que su derecho es anterior en el tiempo y que es conocida por un 40% de los consumidores. Por tanto, Dña. Rosario deberá justificar y demostrar todos los criterios cuantitativos que determinen que efectivamente es una marca conocida por el público al que va dirigido: el grado de conocimiento dicho público, su cuota de mercado y volumen de ventas, la intensidad en su uso, su extensión geográfica, el tiempo que lleva utilizando dicha marca y las actividades promocionales que haya llevado a cabo, para lo cual deberá justificar que esos 10 millones efectivamente se invirtieron para ese fin y no para otro distinto.

Por su parte, para desvirtuar dicha pretensión, la Sociedad deberá demostrar lo contrario: ausencia de renombre. Para ello, deberá aportar encuestas y estudios que demuestren un escaso conocimiento entre el público, una escasa cuota de mercado en comparación con otros competidores, un bajo nivel de ventas, la existencia de diferencias sustanciales entre los productos y servicios ofrecidos por uno y otro, el escaso riesgo de confusión entre las

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 1999, C-375/97, Caso *Chevy*.

marcas por no ser completamente idénticas, estar destinado a un mercado objetivo distinto y no haber actuado con mala fe.

No obstante, a nuestro juicio, la reclamación de Dña. Rosario tendría bastante probabilidad de prosperar, por lo que recomendamos a nuestro cliente prudencia y que tenga en cuenta esta contingencia en caso de proceder a la compra de la Sociedad.

1.3 CONTINGENCIA LABORAL: DESPIDO DE D. PATRICIO QUEVEDO

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

Lo primero que debemos valorar es si el contrato de D. Patricio Quevedo es verdaderamente un contrato de alta dirección o si, por el contrario, es de naturaleza laboral ordinaria.

El contrato de alta dirección se encuentra regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección¹² (en adelante, **RD 1382/1985**).

De acuerdo con el Preámbulo de la citada ley, el contrato especial de alta dirección es aquel que se caracteriza por *la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades y poderes*. Es precisamente por esta nota de confianza por la que el legislador opta por una regulación específica que permite proporcionar un amplio margen al pacto entre las partes, quedando excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹³ (en adelante, **ET**), salvo remisión expresa, de conformidad con el artículo 3 del RD 1382/1985.

Más concretamente, el artículo 1.2 del RD 1382/1985 señala que *se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas*

¹² BOE nº 192, de 12 de agosto de 1985.

¹³ BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015.

emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

Atendiendo a esta definición, entendemos que D. Patricio Quevedo es, efectivamente, un alto directivo en la medida en que se le describe como director general en vez de director ordinario. Vamos a asumir, por tanto, que concurren las notas de autonomía, plena responsabilidad y poderes inherentes a su cargo a los que hemos hecho referencia previamente. No obstante, el debate sobre la naturaleza del contrato tampoco sería relevante puesto que los blindajes son exigibles independientemente de que el contrato de alta dirección sea calificado como ordinario.

En segundo lugar, una vez asumida la naturaleza de alta dirección del contrato, cabría preguntarse si, en caso de sucesión de empresas, la cláusula de blindaje seguiría siendo eficaz para la Sociedad. Inicialmente, hubo una primera corriente jurisprudencial que optó por la postura de que la cláusula pactada por la sociedad cedente no podía vincular a la nueva sociedad cesionaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo zanjó definitivamente esta cuestión en la STS de 27 de septiembre de 2011, FJ 6¹⁴. En ella, el Tribunal Supremo señala que la sucesión conlleva el respeto de las convenciones contractuales del alto directivo, incluidas las indemnizaciones que se hubieran pactado con la empresa subrogada por despido o desistimiento. En este sentido, la Sociedad quedaría subrogada en todas las obligaciones laborales que hubiera asumido el anterior empresario, incluyendo, por tanto, las cláusulas de blindaje.

Partiendo de esta base, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del RD 1382/1985, no se podrá aplicar, en principio, el régimen indemnizatorio del ET por despido improcedente u objetivo, debiendo aplicarse el que hubieran previsto las partes en el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del RD 1382/1985. A falta de pacto, el equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

A continuación, expondremos brevemente en qué casos se aplican las cláusulas de blindaje como la prevista en el contrato de D. Patricio Quevedo y en qué casos no.

A la luz de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del RD 1382/1985, la cláusula de blindaje sería de aplicación en casos de extinción unilateral del contrato por parte del empresario

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de septiembre de 2011 (recurso 4146/2010).

(desistimiento unilateral y despido nulo o improcedente) y en caso de extinción por voluntad del alto directivo si concurre justa causa. Por el contrario, la cláusula no sería de aplicación en los casos de invalidez de la propia cláusula y en los supuestos de despidos disciplinarios, despidos objetivos procedentes, despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas y por causas de fuerza mayor, de acuerdo con la remisión expresa al ET que hace el artículo 12 del RD 1382/1985.

Centrándonos en este segundo grupo, el primero de los supuestos que podría evitar la aplicación de la cláusula indemnizatoria es su propia invalidez por abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil¹⁵ o por fraude de ley del artículo 6.4 del mismo texto legal. Sin embargo, cabe destacar que, puesto que las cláusulas de blindaje nacen del principio de la autonomía de la voluntad, dichas figuras se aplican con carácter muy restrictivo por parte de los Tribunales.

En este sentido, la jurisprudencia admite la nulidad de la cláusula de blindaje por cuantía desproporcionada¹⁶ atendiendo al contexto de la empresa (posición del alto directivo, años de servicio, el perjuicio que supone para la empresa, etc.). En el caso que nos ocupa, una indemnización de 900.000 € podría resultar injustificada y desproporcionada teniendo en cuenta que D. Patricio Quevedo lleva tan solo 2 años y 8 meses trabajando para la Sociedad.

El segundo supuesto sería el de despido por causas objetivas, ya sean individuales o colectivas por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. Así, tanto el artículo 51.8 como el 53.1 b) ET señalan una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades.

En último lugar, el despido por motivos disciplinarios. Este despido se fundamenta en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, debiendo cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 55 ET. Por tanto, el despido se ha de notificar por escrito al trabajador, señalando los hechos que lo justifican y la fecha a partir de la cual surtirá efectos.

¹⁵ Gaceta de Madrid nº 206, de 25 de julio de 1889.

¹⁶ Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga 1906/1999 (Sala de lo Social), de 30 de julio de 1999 (recurso 454/1999), declara nula una cláusula de blindaje por ser absolutamente desproporcionada en relación a la retribución, categoría profesional y responsabilidad de la trabajadora, careciendo, por lo tanto, de un fin serio y legítimo (FJ 4).

Cabe destacar que si el despido se declarase improcedente D. Patricio Quevedo tendría derecho a la indemnización acordada en el contrato y, en su defecto, a la equivalente a 20 días de salario en metálico por cada año de servicio con el límite de 12 mensualidades.

En virtud de todo lo anterior y puesto que no ha habido un incumplimiento grave y culpable de D. Patricio Quevedo que justifique un despido disciplinario, la opción más viable para despedirle evitando tener que pagar la indemnización de 900.000 € prevista en el contrato sería el despido por causas económicas del artículo 51.1 ET. Sin embargo, no tenemos suficiente información como para asegurar que esta sea una posibilidad real, puesto que tendremos que justificar que efectivamente la Sociedad se encuentra en una situación económica negativa¹⁷.

¹⁷ De conformidad con el artículo 53.1 ET, se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

1.4 MECANISMO CONTRACTUALES DE PROTECCIÓN

A continuación, pasamos a analizar cuáles serían los mecanismos contractuales de protección más efectivos frente a las contingencias detectadas para incluir en el contrato de compraventa de participaciones que está negociando el Grupo con los vendedores de la Sociedad.

Comenzamos, en primer lugar, con la falta de declaración de los ingresos obtenidos en 2020 a través de TikTok.

En el supuesto de que la Sociedad decida regularizar los ingresos no declarados y en vista la disminución de valor de la Sociedad como consecuencia de ello, recomendamos a nuestro cliente incluir en el contrato de compraventa una cláusula de ajuste de precio. En virtud del ello, el comprador tendrá que reajustar la valoración de la Sociedad objeto de compraventa restando el importe total de la contingencia, ya que la Sociedad habría tenido una salida de caja equivalente a los pagos correspondientes a la Agencia Tributaria que no se habrían previsto por el Grupo. No obstante, como no se está adquiriendo el 100% de la sociedad, habría que reducir el precio de compra de forma proporcional al porcentaje que se pretende adquirir, esto es, el 51% de la Sociedad.

Sin embargo, si la Sociedad opta por no regularizar los ingresos, recomendamos a nuestro cliente que solicite cubrir esta contingencia mediante un *specific indemnity*.

Un *specific indemnity* es un instrumento indemnizatorio que consiste en la previsión de que, en caso de materializarse un determinado hecho, el vendedor se comprometa a indemnizar al comprador por el importe total del daño sufrido por la Sociedad. Por tanto, la principal diferencia de este tipo de instrumentos con respecto a las manifestaciones y garantías (*Reps & Warranties*), es que, mientras que los primeros tienen por objeto proteger al comprador frente a riesgos conocidos e identificados a través del proceso de *Due diligenece*, los segundos protegen frente a riesgos genéricos del proceso de compraventa.

La cláusula indemnizatoria podría redactarse de la siguiente forma:

El Vendedor se compromete a indemnizar al comprador de los daños que sufra como consecuencia de las siguientes circunstancias:

1. *De las multas, sanciones y cualesquiera otros daños que se deriven de la regularización de los ingresos obtenidos por conciertos virtuales retransmitidos a través de TikTok durante el ejercicio 2020.*

Continuando con la reclamación judicial por vulneración de marca, recomendamos incluir otra cláusula de *specific indemnity* puesto que se trata de una contingencia ya conocidas a través del proceso de *Due diligence*.

Así, la cláusula podría continuar de la siguiente forma:

2. *De cualesquiera daños que sufra la Sociedad como consecuencia de las reclamaciones que se sustancien por vulneración de la marca "MOTOPAPI".*

Finalmente, respecto al despido de D. Patricio Quevedo, recomendamos a nuestro cliente que condicione la compra de la Sociedad a que el vendedor constituya un depósito en garantía de la posible indemnización de D. Quevedo. De esta forma, si se cumple la condición, el Notario haga entrega del depósito a la Sociedad.

PARTE 2

2.1 DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

Una vez se adquiere la Sociedad, se nos contacta para prestar asesoramiento en cuestiones de tipo societario. Más concretamente, se nos comunica que, en la próxima junta general de socios de la Sociedad, se quiere aprobar la distribución como dividendo del mayor porcentaje posible de los beneficios obtenidos en el ejercicio societario finalizado el 31 de diciembre de 2022, pero siempre condicionado a la estabilidad financiera de la Sociedad, desde un punto de vista legal. Teniendo en cuenta la siguiente estructura financiera, se nos pide proponer los pasos a seguir para repartir la mayor cantidad posible de dividendos cumpliendo los requisitos legales.

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

Partiendo de la base de que la Sociedad cuenta con caja y liquidez suficiente para distribuir dividendos, deberemos acudir a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹⁸ (en adelante, LSC), para determinar si existe algún impedimento legal para su distribución.

Así, a la luz de lo dispuesto en la LSC, deberemos tener en cuenta las siguientes cuestiones: el valor del patrimonio neto de la Sociedad a efectos de su equilibrio patrimonial, si existen reservas legales y estatutarias suficientes, si hay gastos de I+D y, por último, si existe autocartera.

¹⁸ BOE nº 161, de 03 de julio de 2010.

A) EQUILIBRIO PATRIMONIAL

Comenzando con el equilibrio patrimonial, el artículo 273.2 LSC señala: *una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.*

Es decir, que, si los Estatutos no dicen lo contrario y asumimos que no, solo se podrán distribuir dividendos si el valor del patrimonio neto de la Sociedad es igual o superior al valor del capital social una vez se descuenta la cuantía que se pretende distribuir. Para ello, deberemos calcular, en primer lugar, cuál es el beneficio susceptible de distribución. Este estará formado por el beneficio del último ejercicio (5 millones) junto con las reservas de libre disposición (10 millones, esto es, los beneficios no distribuidos de años anteriores). Por tanto, la cuantía máxima que se podría distribuir, *a priori*, serían 15 millones de euros.

No obstante, tal como hemos adelantado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 LSC, el patrimonio neto después de descontar pasivos y los dividendos que se pretenden distribuir no puede ser inferior a 50 millones, que es el valor del capital social. Por tanto, deberemos calcular, en segundo lugar, el valor del patrimonio neto de la sociedad.

El valor del patrimonio neto de la Sociedad se calcula sumando el capital social (50 millones), las reservas (40 millones), los resultados del ejercicio corriente (5 millones) y las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores (130 millones). Llegados a este punto cabe plantearse cuál es la naturaleza contable de la reserva de revalorización (5 millones), las otras aportaciones de los socios (20 millones) y los préstamos participativos con sociedades del Grupo (70 millones).

La reserva de revalorización surge de la revalorización de los activos de la Sociedad, por lo que deben incluirse como reservas especiales y por tanto del patrimonio neto.

Respecto de las otras aportaciones de los socios (cuenta 118 PGC¹⁹), la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas²⁰, señala en su artículo 9 que *las aportaciones de los socios sin contraprestación y en proporción a su participación en la sociedad, incluidas las que eventualmente se realicen en mérito de prestaciones accesorias, no cumplen la definición de ingreso, ni la de pasivo y, por lo tanto, el valor razonable del activo aportado, o el de la deuda condonada, se contabilizará en el patrimonio neto, dentro de los fondos propios*. Por tanto, se han de contabilizar como patrimonio neto.

Por último, respecto a los préstamos participativos con sociedades del Grupo, el artículo 20 del Real Decreto Ley, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica²¹, señala que *los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*. Puesto que no nos encontramos en ninguno de los supuestos anteriores, no puede considerarse como patrimonio neto.

Por tanto, como no podemos tener en cuenta los 70 millones de los préstamos participativos, el patrimonio neto descontando las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores sería de -10 millones. En este sentido, puesto que el valor del patrimonio neto queda por debajo del capital social, la Sociedad no podría distribuir dividendos y estaría obligada a destinar el beneficio a la compensación de tales pérdidas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 273.2 LSC.

Llegados a este punto, y con carácter previo a analizar qué alternativas tiene la Sociedad, cabe plantarse si esta se encuentra en causa de disolución. El artículo 363 LSC señala en su apartado e) que *la sociedad de capital deberá disolverse Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso*.

Por tanto, *a priori*, la Sociedad se encuentra en causa de disolución. Sin embargo, tal como señalábamos antes, el artículo 20 del Real Decreto Ley, de 7 de junio, sobre medidas

¹⁹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

²⁰ BOE nº 60, de 11 de marzo de 2019.

²¹ BOE nº 139, de 08 de junio de 1996.

urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, permite contabilizar los préstamos participativos como patrimonio neto a efectos de liquidación de la sociedad. Por tanto, si incluimos los 70 millones como patrimonio neto, esta será de 60 millones después de descontar pérdidas, quedando fuera del supuesto de causa de disolución.

Como hemos visto, si consideramos los préstamos participativos como parte integrante del patrimonio neto la Sociedad no sólo no se encontraría en causa de disolución, sino que podría distribuir hasta 10 millones de euros en concepto de dividendos. Por tanto, la pregunta que debemos plantearnos es qué puede hacer la Sociedad para incluirlos en su patrimonio neto a efectos del artículo 273 LSC. La respuesta es clara: optar por una ampliación de capital por compensación de créditos seguida de una reducción de capital con cargo a reservas.

De acuerdo con el artículo 295.2 LSC, el aumento de capital puede realizarse con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de créditos contra la sociedad. El aumento de capital por compensación de créditos se encuentra regulado en el artículo 301 LSC, cuyo requisito fundamental para sociedades limitadas es que los créditos a compensar sean completamente líquidos y exigibles.

Para poder llevar a cabo la operación, será necesario realizar la correspondiente propuesta de ampliación con el informe de administradores, aprobarlo mediante acuerdo de la junta general con los requisitos de la modificación de los Estatutos sociales, ejecutar la ampliación, elevarlo a escritura pública y, finalmente, inscribirlo en el Registro Mercantil.

Con esta operación se recapitaliza la sociedad y se alivia su ratio de endeudamiento. Una vez se completa el proceso de ampliación de capital, la Sociedad pasará a tener un mayor patrimonio neto (el capital social pasaría de 50 a 120 millones). A continuación, la Sociedad podrá reducir su capital con cargo a reservas, siguiendo lo dispuesto en el artículo 317 LSC. Para ello, será necesario su aprobación por la junta general y la presentación de balance verificado por auditor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 en relación con el 323 LSC.

Cabría preguntarse si tales reservas se han de constituir con carácter de indisponibles o sí, por el contrario, pueden tener carácter disponible. La LSC consagra en su artículo 332 el carácter indisponible de la reserva para el caso de exclusión de responsabilidad

solidaria de los socios por reducción de capital mediante devolución de aportaciones, pero guarda silencio respecto de las reservas voluntarias. Puesto que tal restricción no puede presumirse, no parece que haya impedimento alguno a su disponibilidad. Si el legislador hubiese querido prohibir esta opción, así debería haberlo recogido en la LSC.

En cuanto a la doctrina, la reducción de capital social por constitución de reserva voluntaria ya había sido aceptada en la Resolución de 25 de enero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado²² (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública). Sin embargo, se trataba de un caso muy diferente, puesto que se admitía siempre y cuando la reserva tuviese carácter indisponible durante cinco años, sin llevar a cabo restitución de aportaciones de los socios.

La cuestión de si se puede reducir el capital social mediante la constitución de una reserva voluntaria disponible fue finalmente debatida en la Resolución de 16 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado²³. En ella se señala que, como consecuencia del menoscabo en la posición del acreedor, *sólo cabe admitir la inscripción cuando voluntariamente se dispongan medidas tuitivas como el reconocimiento estatutario a los acreedores de un derecho de oposición o la garantía que para los mismos constituya la responsabilidad de los socios, bien establecida estatutariamente o bien asumida por estos*. Por tanto, sí que es posible reducir el capital con cargo a reservas voluntarias disponibles siempre y cuando se reconozca la debida protección a los acreedores de la Sociedad.

Teniendo esto en cuenta, la Sociedad podrá reducir su capital social de 120 millones de euros (recordemos que se había ampliado previamente mediante compensación de créditos) a 50 millones, aumentando la reserva voluntaria de 10 a 80 millones. De esta forma, el patrimonio neto de la Sociedad descontando las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores será de 60 millones de euros frente a los 50 del capital social, por lo que la Sociedad podrá distribuir hasta 10 millones en dividendos con cargo a la reserva voluntaria. Los 5 millones restantes del beneficio del último año sí que se tendrán que destinar a compensar las pérdidas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 273 LSC.

B) RESERVAS LEGALES Y ESTATUTARIAS.

²² BOE nº 80, de 4 de abril de 2011.

²³ BOE nº 294, de 9 de diciembre de 2015.

El segundo de los requisitos que exige la ley para poder distribuir dividendos es tener un mínimo legal de reservas. Así, el artículo 274 LSC señala que se ha de destinar el 10% del beneficio del ejercicio a la reserva legal hasta que este alcance, como mínimo, el 20% del capital social. Las reservas legales y estatutarias de la Sociedad ascienden a 30 millones de euros, esto es, el 60% del capital social de la Sociedad. Por tanto, puesto que no es necesario destinar parte del beneficio a las reservas legales, se podrá proceder a su distribución en forma de dividendos.

A falta de más información, entendemos que la Sociedad no tiene reservas estatutarias y que esos 30 millones de euros que contabilizan son reservas legales. No obstante, sería conveniente revisar los Estatutos sociales para comprobar si estos exigen una cantidad adicional como reservas estatutarias.

C) GASTOS DE I+D

De acuerdo con el artículo 273.3 LSC, en caso de distribución de beneficios se habrá de dotar una reserva disponible equivalente a los gastos de I+D. A falta de información, presumimos que no ha habido gastos de esta clase, por lo que tampoco resulta necesaria esta reserva.

D) AUTOCARTERA

De conformidad con el artículo 142 LSC, se deberá dotar una reserva equivalente al importe de las participaciones o acciones adquiridas en autocartera. A falta de más información, asumimos que no hay autocartera, por lo que tampoco sería necesaria esta dotación.

Habiendo analizado los presupuestos y los requisitos necesarios para distribuir la mayor cantidad posible de dividendos, a continuación, pasamos a exponer los pasos necesarios para llevarlo a cabo.

Como hemos adelantado, los dividendos pueden distribuirse con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición, siendo uno de los derechos de los socios el poder participar en el reparto de las ganancias sociales de conformidad con el artículo 93 LSC.

El reparto de tales dividendos, siguiendo lo dispuesto en los artículos 273 y siguientes LSC, se acuerda por la junta general después de la aprobación de las Cuentas Anuales del ejercicio anterior. Con carácter general, el plazo y la forma en que se repartirán los

dividendos se hará constar en el acta de dicha junta. Cabe destacar que, a falta de determinación sobre esos particulares, el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo, y que el plazo máximo para el abono completo de los dividendos será de doce meses a partir de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 LSC.

Por último, es preciso destacar que, salvo disposición contraria en los Estatutos, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social y siempre que se cumplan las reglas de equilibrio financiero, reservas legales, gasto en I+D y autocartera que hemos expuesto anteriormente.

2.2 PROPUESTA DE NOMBRAMIENTO DE LEWIS GARCÍA

A continuación, pasaremos a analizar las exigencias planteadas por D. Omar. De acuerdo con la información que se nos suministra, la Sociedad cuenta con un socio, Don Omar, que ostenta el 25% del capital social y que, a través de sus derechos políticos, ha incluido en el orden del día una propuesta para nombrar a D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración. De acuerdo con D. Omar, si la junta resuelve negativamente sobre este extremo, procederá a impugnar el acuerdo y a interponer acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración por infracción del deber de lealtad ya que, a su parecer, tiene participación suficiente como para exigir el nombramiento de un consejero habida cuenta de que el Consejo está formado por 5 administradores y el ostenta el 25% del capital social.

Llegados a este punto conviene analizar las siguientes cuestiones: ¿puede Omar plantear este nombramiento como complemento del orden del día? ¿Es legal y viable esa forma de nombrar a los administradores? ¿Puede impugnar el eventual acuerdo que adopta la junta? ¿Puede ejercitar acciones de responsabilidad social contra el Consejo de Administración por incumplimiento del deber de lealtad?

Comenzando con la primera de las cuestiones, el artículo 172 LSC efectivamente reconoce el derecho de los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, a solicitar un complemento de la convocatoria de la junta general para incluir nuevos puntos en el orden del día. No obstante, el legislador se refiere específicamente a las sociedades anónimas, guardando silencio frente a las sociedades limitadas, de cuya naturaleza jurídica es la Sociedad.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha señalado en distintas resoluciones como la SAP Barcelona 362/2013, de 21 de octubre, FJ 8²⁴, que *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.*

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 362/2013 (Sección 15), de 21 de octubre.

En consecuencia, Don Omar no podrá impugnar la convocatoria por falta de inclusión de la propuesta de nombramiento de D. Lewis García en el orden del día de la junta porque será perfectamente válida.

Continuando con las exigencias de D. Omar en lo que se refiere al nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad en base a su participación en el total del capital social, deberemos analizar si esta forma de nombramiento, que se conoce como sistema de representación proporcional, es admisible para las sociedades limitadas.

Si acudimos a la LSC, el artículo 243 señala que *en la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción*. Nuevamente, el legislador guarda silencio con respecto a las sociedades limitadas, aunque este silencio no significa necesariamente su exclusión.

En este sentido, si bien el sistema proporcional nace directamente de la ley para las sociedades anónimas, ello no obsta para que también sea aplicable a las sociedades limitadas en base al principio de autonomía de la voluntad, si así lo establecen en sus Estatutos.

Sin embargo, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ya se había manifestado en contra en su resolución de 15 de septiembre de 2008²⁵. Más concretamente, se rechaza esta posibilidad por dos motivos: (i) porque el acuerdo de nombramiento de los administradores es competencia de la junta general, conforme a lo dispuesto en el entonces artículo 58 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada²⁶ y (ii) porque, en virtud de lo dispuesto en el artículo 191 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, **RRM**), se suprime la posibilidad de aplicación supletoria para las sociedades limitadas de algunas normas de la Ley de Sociedades Anónimas²⁷ como la

²⁵ BOE nº 246, de 11 de octubre de 2008.

²⁶ Se hace referencia a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que se deroga el 1 de septiembre de 2010 por la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

²⁷ Se trata del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que, al igual que la anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, quedó derogada el 1 de septiembre de 2010 por la entrada en vigor del Real

relativa al sistema de representación proporcional en la designación de miembros del Consejo de Administración y la que admite el nombramiento de vocales del Consejo por cooptación²⁸ conforme al artículo 138 de esa misma ley.

Si acudimos a lo dispuesto en el RRM, efectivamente, el artículo 191, que se encuentra recogido en el Capítulo V (*De la inscripción de sociedades de responsabilidad limitada*), señala que *los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por acuerdo de la junta general con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional.*

No obstante, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha admitido recientemente la inscripción de una cláusula estatutaria relativa al sistema de representación proporcional en una sociedad limitada. Más concretamente, en su resolución de 28 de marzo de 2022²⁹, se admite la inclusión de este tipo de sistema de nombramiento en los Estatutos de una sociedad limitada en base al principio de autonomía de la voluntad del artículo 28 LSC en relación con el artículo 1255 CC, todo ello utilizando como base la doctrina jurisprudencial de la STS 138/2009, de 6 de marzo³⁰. En este sentido, se concluye con que este sistema de nombramiento posibilita una mayor reflexión en la gestión de la sociedad, permitiendo que la administración se ajuste mejor al interés social, siempre y cuando no se contravengan normas imperativas ni los principios configuradores del tipo social elegido.

Una vez confirmada la legalidad del sistema de representación proporcional en las sociedades limitadas, debemos plantearnos si D. Omar puede imponer el nombramiento de D. Lewis García sobre la base de su participación en el capital social. La respuesta es que no. Que este sistema de nombramiento se haya admitido para las sociedades limitadas no significa que un socio como D. Omar pueda imponérselo al resto de socios.

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

²⁸ El sistema de cooptación es otra forma de nombramiento de los administradores que tiene lugar cuando se producen vacantes sin que haya suplentes y que consiste en que el Consejo designe de entre los accionistas de la sociedad a la persona (o personas) que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general. Se encuentra regulado en el artículo 244 de la LSC, que solo reconoce este sistema de nombramiento para las sociedades anónimas.

²⁹ BOE nº 93, de 19 de abril de 2022.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 138/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 6 de marzo de 2009 (recurso 700/2004).

De esta forma, si los socios quieren implantar este sistema de nombramiento, deberán modificar los Estatutos sociales reunidos en junta general para lo cual necesitarán una mayoría reforzada de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 en relación con el artículo 199 LSC.

Respecto a la impugnación del eventual acuerdo negativo de la junta de socios, D. Omar tiene legitimidad para ejercitar la acción en la medida en que cuenta con más del 1% del capital social, siguiendo lo dispuesto en el artículo 206 LSC. Sin embargo, solamente son impugnables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 204 LSC, aquellos acuerdos que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Un acuerdo social que rechaza modificar el sistema de nombramiento de sus administradores para sustituirlo por el sistema de representación proporcional es perfectamente legal, tal como hemos visto, y en nada puede perjudicar el interés social en beneficio del resto de socios, por lo que esta posibilidad debe descartarse.

Por último, entraremos a analizar brevemente la acción de responsabilidad social que pretende ejercitar D. Omar por una supuesta infracción del deber de lealtad.

La acción social es uno de los mecanismos que tienen las sociedades (o sus socios, como es el caso de D. Omar) para exigir por vía judicial que se repare cualquier daño que sufra la sociedad como consecuencia de la conducta de los administradores, siempre que se cumpla una serie de requisitos. La acción social se encuentra regulada en el artículo 238 LSC, que dispone que podrá ejercitarse por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, pudiendo ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Así lo señala, también, la jurisprudencia del Alto Tribunal, que en la STS 396/2013, de 20 de junio, FJ 9³¹, señala que *la exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social (...). Está legitimada directamente para ejercitar la acción la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, y va dirigida a restaurar su patrimonio, resarcido el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador.*

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 20 de junio de 2013 (recurso 1421/2011).

No obstante, si D. Omar fundamenta la acción social en la infracción del deber de lealtad, podrá ejercitar directamente dicha acción sin necesidad de someter la decisión a la junta general, en virtud de lo dispuesto en el artículo 239 LSC.

Sin embargo, que D. Omar tenga legitimidad para ejercitar la acción social no significa que vaya a prosperar. Efectivamente, debemos plantearnos qué es el deber de lealtad y si rechazar un acuerdo de modificación de Estatutos sociales para modificar el sistema de nombramiento de los administradores puede calificarse como un acto desleal contra la sociedad.

El deber de lealtad exige a los administradores actuar obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 LSC. Más concretamente, el artículo 228 LSC obliga a los administradores a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas, guardar secreto sobre la información a la que hayan accedido en el desempeño de su cargo, evitar situaciones de conflicto de interés y actuar bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio e independencia. Por su parte, el artículo 229 desarrolla el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado cuáles son los requisitos necesarios para ejercitar la acción social en la STS 221/2018, de 16 de abril (RJ 2018\1587), en línea con la STS 281/2017, de 10 de mayo:

- 1. La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores.*
- 2. Que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal.*
- 3. Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal.*
- 4. Que la sociedad sufra un daño.*
- 5. Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.*

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de lo dispuesto en el artículo 228 LSC, no cabe hablar de infracción del deber de lealtad ni mucho menos de daño a la Sociedad. Por tanto, la acción social no podría prosperar.

Descartado el daño a la Sociedad, D. Omar podría plantear una acción individual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 LSC, siempre y cuando justifique que ha sufrido un perjuicio directo. En este sentido, la STS 87/2019, de 13 febrero, FJ 3³², señala que *la acción social y la acción individual son dos acciones distintas que, aunque puedan pretender juzgar un mismo comportamiento del administrador, difieren en que el perjuicio ocasionado por dicho comportamiento, objeto de la indemnización pretendida, en el primer caso (acción social) debe haber sido sufrido directamente por la sociedad, mientras que en el segundo (acción individual) debe haberlo sido directamente por los socios o terceros.*

Para que pueda prosperar la acción individual, es necesario que el daño haya sido ocasionado directamente a los socios (o acreedores) que ejercitan la acción, y es necesario que concurren una serie de requisitos. Así, la STS 87/2019, de 13 de febrero, FJ 4, señala los siguientes:

- 1. Un comportamiento activo o pasivo de los administradores*
- 2. Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración*
- 3. Que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal.*
- 4. Que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño.*
- 5. El daño que se infiere debe ser directo al tercero (...), sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad.*
- 6. La relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero³³.*

Nuevamente, es evidente que D. Omar tampoco habría sufrido daño alguno, por lo que también se descarta que esta acción pueda prosperar.

³² Sentencia del Tribunal Supremo 87/2019 (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 13 de febrero (recurso 1483/2016).

³³ El Tribunal Supremo ha mantenido esta línea jurisprudencial en otras resoluciones: Sentencia del Tribunal Supremo 253/2016 (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 18 de abril de 2016 (recurso 2754/2013); Sentencia del Tribunal Supremo 472/2016 (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 13 de julio de 2016 (recurso 2307/2013); y Sentencia del Tribunal Supremo 150/2017 (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 2 de marzo de 2017 (recurso 2118/2014).

2.3 DERECHO DE INFORMACIÓN DEL SOCIO

Finalmente, se nos informa de que D. Omar ha solicitado al Consejo de Administración información muy detallada sobre la venta de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023. Parece ser que D. Omar suele hacer este tipo de peticiones de forma recurrente para obstaculizar el trabajo del Consejo con tareas monótonas y repetitivas, por lo que se nos consulta si sería viable denegar tal información.

Debemos comenzar señalando que el derecho a estar informado es uno de los derechos inherentes a la condición de socio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 apartado d) LSC.

En este sentido, el derecho de información es la facultad del socio para poder solicitar al Órgano de Administración aquellos informes que considere oportunos en relación con los asuntos a tratar en la junta, debiendo estar comprendidos en el orden del día, para poder votar con el mayor conocimiento posible.

El derecho de información puede solicitarse por escrito, antes de la reunión de la junta, o verbalmente durante la misma, sobre asuntos que tengan relación con el orden del día, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 196 LSC.

A priori, los administradores pueden negarse a facilitar cierta información cuando su publicación pueda perjudicar el interés social. Sin embargo, el apartado tercero del mencionado artículo 196 LSC prohíbe la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social, como es el caso de D. Omar.

A partir de aquí, habría que analizar cuáles son los puntos concretos a tratar en el orden del día de la junta. Si alguno de ellos tuviese relación con la información que solicita D. Omar, los administradores estarían obligados a facilitársela. Si, por el contrario, ninguno de los puntos del orden del día tiene relación con la venta de discos que solicita D. Omar, ¿estaría el órgano de administración obligado a entregárselo?

En otras palabras, debemos plantearnos si la prohibición de denegación de la información del artículo 196.3 incluye, también, aquella información que no se hubiese comprendido en el orden del día.

Pues bien, sobre este punto existe debate jurisprudencial. De un lado, encontramos resoluciones recientes como la SAP Las Palmas 1046/2021, de 4 octubre de 2021³⁴, donde se reconoce que, si el solicitante representa o cuenta con el apoyo del 25% del capital social, el órgano de administración estaría obligado a facilitársela aun cuando esa información no estuviese comprendida en el orden del día. Así, dicha resolución señala que *siendo límite al ejercicio de derecho de información la buena fe y el abuso del derecho, que no ampara pretensiones de información ajena a los asuntos comprendidos en el orden del día y sin que los intereses sociales puedan resultar lesionados con motivo del ejercicio del derecho de información, que pueden negarse a facilitarla en tal caso salvo que se apoye la solicitud por socios que representen al menos el 25% del capital social.*

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado que el derecho de información no es ilimitado y que se deben de cumplir unos requisitos mínimos al solicitar información. En este sentido, la STS 986/2011, de 16 enero, FJ 2³⁵, en línea con la STS 766/2010, de 1 diciembre, FJ 3³⁶, señala las siguientes premisas:

- 1) *El derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, a tenor de lo previsto en el artículo 48.2 .d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 93 .d) de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) -, constituye un derecho autónomo -sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto- que atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en el artículo 112 del referido texto refundido -hoy 197 de la Ley de Sociedades de Capital -, a fin de que le sean facilitados determinados datos referidos a la marcha de la sociedad.*
- 2) *Es el accionista el que debe identificar las informaciones que a él le interesan, tanto para poder emitir su voto con el más perfecto conocimiento de la cuestión sometida a la junta -en cuyo caso tiene carácter instrumental-, como para estar informado sobre detalles de la actividad de la sociedad y de la forma de*

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 1046/2021 (Sección 4ª), de 4 de octubre de 2021 (recurso 635/2020).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 986/2011 (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 16 de enero de 2011 (recurso 2275/2008).

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 766/2010 (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 1 de diciembre de 2010 (recurso 932/2007).

gestionarla por los administradores, incluso si carece de derecho de voto o no tiene intención de ejercitarlo, ya que la privación del derecho a votar no comporta pérdida del derecho a estar informado de los asuntos sociales.

- 3) *El accionista no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento, de tal forma que:*
 1. *Es necesario que las informaciones o aclaraciones que estime precisas y las preguntas que estimen pertinentes -juicio de valor que corresponde en exclusiva al accionista- estén comprendidos en el orden del día o tengan la condición de conexos con él.*
 2. *Las informaciones o aclaraciones deben requerirse y las preguntas formularse en el momento adecuado -si se formulan por escrito deberán efectuarse en el espacio temporal que va desde la convocatoria de la junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta y si es verbalmente durante el desarrollo de la junta general-.*
- 4) *El interés de la sociedad en no difundir ciertos datos ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas -lo que no puede identificarse con el eventual de los administradores en esconder ciertos detalles de su gestión- también supone un límite al derecho de información cuando la comunicación de los datos solicitados, incluso dentro del referido círculo, puede perjudicar los intereses sociales -singularmente cuando existe interés estratégico en mantener reservados los datos solicitados-, sin perjuicio de que deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen sin perjuicio de que en este caso deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.*
- 5) *Además de las limitaciones impuestas por la legislación societaria, el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente, lo que debe examinarse de forma casuística en función del múltiples parámetros -entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitado.*

En consecuencia, entendemos que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo avalaría la denegación de la información que solicita D. Omar sobre la base de que es absolutamente intrascendente para la toma de decisiones y de que, a la luz de las

intenciones y la forma de actuar de D. Omar, se está solicitando desde la mala fe y en abuso de derecho para obstaculizar el normal funcionamiento del Consejo. Por tanto, estaría justificado denegársela.

No obstante, debido al elevado porcentaje del capital social que ostenta D. Omar y para evitar posibles impugnaciones y procesos judiciales, recomendamos a nuestro cliente que le facilite la información solicitada.

Por último, respecto a la forma y los plazos para aportar dicha información, el órgano de administración estará obligado a proporcionarla en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada (si se solicita antes de la junta, en forma escrita; en caso contrario, en forma oral), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 LSC. En cuanto al plazo, el artículo 197 LSC dispone que, en caso de sociedades anónimas, los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. Si durante la junta se solicitase información adicional, estarán obligados a facilitarla dentro de los siete días siguientes a su terminación (cinco en el caso de cotizadas), pero esto no es aplicable a las sociedades limitadas, que no están sujetas a plazo.

PARTE 3

3.1 SUMMER SOUND, S.L.U.

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

La primera opción consiste en una fusión por absorción impropia. De conformidad con el artículo 33 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio³⁷ (en adelante, **RDL 5/2023**), la fusión es el proceso por el que dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

En el caso que nos ocupa, la Sociedad adquiriría por sucesión universal el patrimonio de SS, que se extinguiría, controlando el 100% del capital social de SSB. Decimos que se trataría de una fusión impropia (o fusión de sociedad íntegramente participada) porque la sociedad absorbente (la Sociedad) es titular de todas las participaciones de la absorbida (SS).

Ello es relevante porque, en estos casos, la ley prevé una serie de facilidades para la absorción. Así, de acuerdo con el artículo 53 RDL 5/2023, no será necesario que el proyecto incluya menciones a la ecuación de canje de las participaciones, las modalidades

³⁷ Se trata del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Dicho Real Decreto-ley entró en vigor el 30 de junio de 2023, derogando la anterior Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

de entrega de estas, la fecha de participación en las ganancias sociales de la sociedad resultante, cuestiones de valoración de activos y pasivos y las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan. Tampoco serán necesarios los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión, la aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad absorbida y aumento de capital de la absorbente.

La segunda opción consiste en una fusión inversa, en virtud de la cual SSB absorba a SS, pasando a estar controlada directamente por la Sociedad. Se trata de un supuesto asimilado a la absorción de sociedad íntegramente participada que acabamos de exponer, encontrándose regulado en el artículo 56 RDL 5/2023. De acuerdo con dicho artículo, todo lo dispuesto para la absorción de sociedad íntegramente participada es aplicable a la fusión inversa, salvo por una excepción: en este caso, sí que será necesario la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbida, esto es, SS. Puesto que se trata de una sociedad limitada unipersonal, el socio único deberá tomar la decisión y consignarlo en acta.

Así lo dispuso la Resolución de 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública³⁸ al afirmar que: *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.*

Una tercera vía consiste en la disolución de SS con cesión global de activo y pasivo a la Sociedad como operación asimilada a la fusión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 RDL 5/2023.

La cesión global de activo y pasivo se encuentra regulado en los artículos 72 y siguientes del RDL 5/2023, consistiendo en la transmisión en bloque por sucesión universal a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 RDL 5/2023, los administradores de la sociedad habrán de redactar y suscribir un proyecto de cesión global, que contendrá, además de las informaciones previstas en las disposiciones

³⁸ BOE nº 75, de 28 de marzo de 2019.

comunes los datos de identificación del cesionario, la fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables, la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario, la contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios y el criterio en que se funde el reparto y la acreditación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. En consecuencia, tampoco recomendamos esta opción.

Finalmente, se podría optar por una fusión de sociedad indirectamente participada, en virtud de la cual la Sociedad adquiriese el patrimonio de SSB. Este supuesto se encuentra regulado en el artículo 56.2 RDL 5/2023 y, a diferencia de los supuestos anteriores, será siempre necesario el informe de expertos y será exigible el aumento de capital en la sociedad absorbente. Además, si la fusión provoca una disminución del patrimonio neto de SS (sociedad que no interviene en la fusión por la participación que tienen en la absorbida, SSB), la sociedad absorbente deberá compensar a dicha sociedad por el valor razonable de esa participación.

A nuestro juicio, la opción más rápida y eficaz es la primera: que la Sociedad adquiera por sucesión universal el patrimonio de SS, que se extinguiría, controlando el 100% del capital social de SSB.

Respecto a los pasos a seguir para la liquidación de SS asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes, deberemos estar a lo dispuesto en el Título X *Disolución y liquidación* de la LSC.

Antes de entrar a analizar lo que supone que SS no tenga deudas ni créditos pendientes, es preciso abordar, brevemente, cómo se disuelve y liquida una sociedad. Por lo general, se hace en actos sucesivos, pues la LSC diferencia entre la fase de disolución y la de liquidación. En estos casos, la disolución comienza con el correspondiente acuerdo de la junta general, adoptado con mayoría suficiente de votos. Así, el artículo 368 LSC dispone que la sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos. Puesto que se trata de una sociedad limitada unipersonal, el socio único ejercerá las competencias de la junta general, para lo cual adoptará decisiones que se consignarán en acta, de acuerdo con el artículo 15 LSC.

A continuación, y siguiendo lo dispuesto en el artículo 369 LSC, la disolución de la sociedad se inscribirá en el Registro Mercantil, abriéndose el período de liquidación.

En esta fase, si el acuerdo de disolución prevé el nombramiento de los liquidadores, o si así lo establecen los estatutos, se cesan a los administradores, extinguiéndose su poder de representación, según lo dispuesto en los artículos 374 y 376 LSC. En caso contrario, quienes fuesen administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores.

Seguidamente, los liquidadores deberán llevar a cabo las siguientes operaciones de liquidación, conforme a lo dispuesto en los artículos 383 y siguientes LSC:

1. Formular un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiera disuelto, en el plazo de 3 meses a contar desde la apertura de la liquidación.
2. Percibir los créditos sociales y pagar las deudas sociales.
3. Enajenar los bienes sociales.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 390 LSC, concluidas las operaciones de liquidación, los liquidadores someterán a la aprobación de la junta general un balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante.

Finalmente, se dividirá el patrimonio social, se procederá al pago de la cuota de liquidación, se otorgará escritura pública de extinción de la sociedad y se inscribirá en el Registro Mercantil.

Sin embargo, se nos dice que SS no tiene ni deudas ni créditos pendientes. Pues bien, en estos casos, se admite que la disolución y la liquidación se haga en un solo acto simultáneo. En consecuencia, el socio único podrá adoptar en una sola decisión la disolución y liquidación de la sociedad, junto con el cese del órgano de administración, el nombramiento del liquidador (o liquidadores), la aprobación del balance final de liquidación, la cuota de liquidación y el correspondiente reparto del remanente entre los socios. Finalmente, tan solo será necesaria el otorgamiento de una única escritura pública.

3.2 ADQUISICIÓN DE BZRP HITS, S.A.

Como paso clave en el proceso de expansión, la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (en adelante, **BIZA**), sociedad que cotiza desde hace años en el Ibex-35. Todo ello siguiendo las recomendaciones de D. Raúl (actual consejero delegado de la Sociedad), el cual tiene un 6% del capital social de BIZA directamente como inversión personal.

Siendo Biza una cotizada, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de cualquier norma imperativa en relación con la adquisición. Para ello nos plantea diferentes escenarios: (i) adquirir un 29,99% de las acciones de BIZA; (ii) adquirir simplemente un 12% de BIZA, pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza; (iii) adquirir el 100% de las acciones de BIZA para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza. Además, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y BIZA, por lo que nos solicita asesoramiento.

En primer lugar, se nos plantea el escenario de que la Sociedad adquiriera el 29,99% de las acciones de BIZA.

Cuando se adquieren acciones de una sociedad anónima de forma significativa, es posible que se incurra en la obligación de hacer una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, **OPA**). Para ello, deberemos estar a lo dispuesto en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión³⁹ (en adelante, LMVSI).

De acuerdo con el artículo 108 LMVSI, quedará obligado a formular una OPA quien alcance el control de una sociedad cotizada. A su vez, el artículo 111 LMVSI dispone que se entenderá que una persona física o jurídica tiene individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, el control de una sociedad cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por ciento.

³⁹ BOE nº 66, de 18 de marzo de 2023.

A priori, si la Sociedad adquiere el 29,99% de las acciones de BIZA, parece que no estaría obligada a lanzar la OPA ya que, por muy próximo que esté del 30%, no llega a sobrepasarlo. Sin embargo, D. Raúl, que es el consejero delegado de la Sociedad, cuenta con un 6% adicional, por lo que debemos preguntarnos si esa participación computa en el total.

Si acudimos a lo dispuesto en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores⁴⁰ (en adelante, **RD 1066/2007**), en el artículo 4 se regula qué se entiende por participación de control de una sociedad y en el artículo 5 cómo deben computarse los derechos de voto a estos efectos. En este sentido, el apartado primero de dicho artículo es taxativo: *se atribuirán a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan a las siguientes personas o entidades: a) los que pertenezcan al mismo grupo, tal como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los de los miembros de sus órganos de administración, salvo prueba en contrario.*

En consecuencia, la Sociedad tendría el 35,99% de BIZA y por tanto su control, por lo que estaría obligada a realizar una OPA.

En segundo lugar, se nos plantea el escenario de que la Sociedad adquiriera simplemente un 12% de BIZA, pero suscriba, además, un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de BIZA.

En este caso, nuevamente nos encontraríamos en el supuesto de OPA obligatoria puesto que, de acuerdo con el artículo 108 LMVSI, el control de la sociedad no solo se adquiere mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, el derecho a la suscripción o adquisición de acciones con derechos de voto en dicha sociedad, sino también mediante pactos parasociales o de otra naturaleza con otros titulares de valores que alcancen, al menos, el 30% del capital con derecho a voto.

Si computamos conjuntamente el porcentaje de la Sociedad (12%), el de D. Raúl (6%) y Dña. Natalia Antillano (28%), se tendría un control del 46% de BIZA, que supera con creces el límite previsto en el artículo 111 LMVSI.

⁴⁰ BOE nº 180, de 28 de julio de 2007.

En tercer lugar, se plantea la opción de que la Sociedad adquiriera el 100% de las acciones de BIZA para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión.

En este último caso, la Sociedad también tendría que lanzar una OPA obligatoria por tener el control completo de BIZA. Adicionalmente, se plantearían problemas de concentración empresarial, para lo cual deberemos estar a lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁴¹ (en adelante, **LDC**) y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia⁴² (en adelante, **RD 261/2008**).

En este sentido, la adquisición del control de todo o parte de BIZA supondría una concentración económica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 b) LDC. Si ello supone, además, que como consecuencia de la concentración se adquiriera una cuota igual o superior al 30% del mercado o si el volumen de negocio global en España de ambas sociedades supera en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (en adelante, **CNMC**) desplegará un procedimiento de control sobre la operación, de acuerdo con el artículo 8 LDC.

Este mismo artículo prevé una exención al procedimiento de control si se cumplen unos determinados requisitos. No obstante, no parece que sea aplicable a la Sociedad puesto que, no solo el volumen de negocio global en España del último ejercicio de BIZA seguramente sea superior a 10 millones de euros, sino que la participación que se plantea adquirir la Sociedad es superior al 50% del total, que son los límites que marca la ley.

Este procedimiento de control tiene dos implicaciones: primero, el deber de la Sociedad de comunicar la operación a la CNMC, que deberá hacerlo en el plazo de 5 días desde que se presente la solicitud de autorización de la OPA a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, **CNMV**); segundo, que la concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído autorización de la misma, ya sea tácita o expresa. En este sentido, se entenderá la estimación por silencio administrativo de la solicitud una vez transcurra el plazo de un mes a contar desde la recepción en forma de notificación por la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38 en relación con el art. 36.2.a).

⁴¹ BOE nº 159, de 4 de julio de 2007.

⁴² BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008.

Para llevar a cabo esta notificación, la Sociedad deberá completar el formulario⁴³ previsto en el RD 261/2008. También podrá hacer la notificación por medio de la sede electrónica de la CNMC.

Se advierte a nuestro cliente de que, en caso de que no cumpla con el deber de notificación, la CNMC le requerirá igualmente a hacerlo y ya no podrá beneficiarse del silencio positivo previsto en el artículo 38 LDC. Además, corre el riesgo de incurrir en sanciones y multas coercitivas.

Más concretamente, podría incurrir en infracción leve si presenta la notificación fuera de plazo o si no llega a notificar después del requerimiento de la CNMC. Dicha infracción está castigada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 LDC, con multa de hasta el 1% del volumen de negocio total mundial de la Sociedad en el ejercicio inmediatamente anterior. Si además ejecuta la operación antes de notificarlo a la CNMC o antes de que sea autorizada, podría incurrir en infracción grave, sancionando en este caso con multa de hasta el 5% del volumen de negocio.

Una vez recibida la notificación, la CNMC resolverá en el plazo de 1 mes, pudiendo autorizar la concentración, Subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos, Acordar iniciar la segunda fase del procedimiento, cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional o acordar el archivo de las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 LDC.

Finalmente, si se abre la segunda fase, se analizará nuevamente la operación y el Consejo de la CNMC resolverá definitivamente mediante resolución, que será comunicado a los interesados y al Ministerio de Economía y Hacienda.

⁴³ Vid. Anexo II *Formulario ordinario de notificación de las concentraciones económicas* y Anexo III *Formulario abreviado de notificación de las concentraciones económicas*. Este último será de aplicación siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 56 LDC.