



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER.
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA.
PROMOCIÓN 2023-2024

Alumno: Alejandro Antonio Moliner García

Especialidad: Derecho de Empresa

Tutor: Javier Wenceslao Ibañez Jimenez

Fecha: 21 de diciembre de 2023

ÍNDICE

Parte 1	3
Contingencia nº1: No declaración de ingresos.....	3
Contingencia nº2: Marca "MOTOPAPI".....	7
Contingencia nº3: Indemnización por despido de D. Patricio Quevedo.	9
Mecanismos contractuales de protección.....	11
Parte 2	15
Reparto de dividendos.....	15
Impugnación por parte de D.Omar. de un eventual acuerdo negativo. Infracción del deber de lealtad.....	17
Solicitud de información por parte de D. Omar. Derecho de información del socio.....	23
Parte 3	26
Adquisición del control de Summer Sound Barcelona S.L.U. Liquidación de Summer Sound S.L.U	26
Adquisición de BZRP HITS S.A. Asesoramiento sobre distintos escenarios. Posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia.....	32
Bibliografía.....	43

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

PARTE 1: el Grupo está planeando la adquisición de una participación del 51% en el capital social de la española PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (la Sociedad) como puerta de entrada a este país, para lo cual contratan los servicios de su despacho de abogados, uno de los mejores de Madrid en este tipo de operaciones.

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

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

En primer lugar, procede realizar una identificación y análisis de la contingencia. Las empresas que desarrollan actividades económicas estas obligadas a la declaración del Impuesto sobre actividades económicas (en adelante, "IAE"). Este impuesto "*somete a gravamen el desarrollo de actividades económicas, esto es la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos con la finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios*". Es decir, implica que deben declararse "*todas las actividades que se desarrollen en territorio español, aunque sea de forma ocasional*"¹.

En este sentido, cabe preguntarse si los ingresos de la entidad LATINO GANG INC. (en adelante, "el Grupo") de más de un millón de euros derivados de conciertos virtuales a través de la plataforma TikTok obtenidos a lo largo del 2020 durante los meses de pandemia se consideran hecho imponible. Pues bien, la respuesta es afirmativa teniendo en cuenta una aclaración por parte de la Dirección General de Tributos. Concretamente, este órgano administrativo declaró mediante Consulta Vinculante que se corresponderá con la actividad asociada a la explotación de un canal de YouTube donde se cede un espacio en el canal para publicidad lo siguiente : "(...) la actividad consistente en subir vídeos a un

¹ Sede electrónica de la Agencia Tributaria: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/declaraciones-informativas-otros-impuestos-tasas/impuesto-sobre-actividades-economicas.html>

*canal de Youtube, previamente grabados por el consultante, ya sea con el teléfono móvil o a través de cualquier otro medio, siempre que su difusión sea de carácter público, con independencia de que genere o no un rendimiento económico, constituye una actividad económica en los términos del artículo 79.1 del TRLRHL, ya que el consultante ordena por su cuenta medios y recursos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios, produciéndose, consiguientemente, el hecho imponible del Impuesto sobre Actividades Económicas.*²

Esta argumentación sería aplicable análogamente a los conciertos online que tuvieron lugar vía TikTok, que es una plataforma en streaming cuyo funcionamiento es similar a Youtube a estos efectos. Por tanto, la contingencia podría resumirse en que la Sociedad se encuentra en situación de irregularidad fiscal desde hace 3 años, esto es, desde 2020 hasta el día de hoy.

Así, es menester determinar la prescripción tributaria de la posible obligación fiscal de Producciones Gasolina, S.L. (en adelante, la “Sociedad”). Antes de continuar, conviene aclarar que la prescripción tributaria es uno de los modos de extinción de los derechos y obligaciones tributarios. De hecho, la *“prescripción ganada es irrenunciable y se aplica de oficio, sin necesidad de ser invocada o excepcionada, incluso en los casos en que se haya ingresado la deuda tributaria, pudiendo el sujeto pasivo reclamar la devolución del ingreso indebido”*³.

Esta figura jurídica no solo aprovecha al sujeto pasivo, sino también a todos los demás obligados tributarios al pago. En cuanto al plazo común de prescripción, este es de cuatro años, aunque según la normativa tributaria reguladora de la prescripción sobre las obligaciones formales puede resultar un plazo distinto. Para el cómputo de los plazos se aplican las reglas generales del derecho administrativo y civil al no existir previsión específica en las normas tributarias.

En este caso en concreto, la Sociedad no declaró en su declaración del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, “IS”) ingresos procedentes del año 2020. En este sentido, no parece existir actividad alguna que pudiera interrumpir la prescripción tributaria, ni por parte de la Sociedad ni por la de la AEAT.

Con todo ello, la posibilidad de la Administración de abrir un procedimiento inspector prescribiría en el año 2025. Es decir, tras haber transcurrido cuatro años a contar desde el día siguiente en el que finaliza el plazo para presentar la autoliquidación del IS del periodo del año 2021. Para calcular el día en el que habría que haber presentado la declaración del IS, debe tomarse en consideración que, a diferencia de lo que sucede con otras figuras impositivas, la declaración del IS no tiene un plazo de presentación único para todos los contribuyentes, sino que cada contribuyente tiene su propio plazo, en función de la fecha en que concluya su período impositivo. Según se establece en el artículo 124.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. (en adelante, “LIS”), la declaración se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a

² Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V0992-16 de 14 de Marzo de 2016

³ Prescripción Tributaria. *Expansión*. <https://www.expansion.com/diccionario-juridico/prescripcion-tributaria.html>

la conclusión del período impositivo. Asumiendo que el periodo impositivo de esta compañía termine el día 31 de diciembre, el plazo de presentación de la declaración será del 1 al 25 de julio de 2021, siempre que este último día no coincida con algún día inhábil. En 2021, el 25 de julio es domingo, por lo que el último día para presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades será el 26 de julio de 2021, que es el primer día hábil siguiente. En definitiva, según el plazo de 4 años establecido por el art. 66 de la Ley General Tributaria, la Agencia Tributaria tendría en este caso la posibilidad de abrir un procedimiento de inspección hasta el día 26 de julio de 2025.

En segundo lugar, deben analizarse las diferentes alternativas que tendría la Sociedad. Estas son: regularizar la situación, o dejar que pase el tiempo y no regularizarla.

1- Regularizar la situación.

La primera de ellas, regularizar la situación, supondría realizar una declaración extemporánea en la que no haya mediado requerimiento previo por parte de la Administración. Para analizar las posibles consecuencias de esta opción, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 27 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, “LGT”), sobre Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo. Según este precepto legal, *“Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria”*. Como por requerimiento previo se entiende *“cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria”*, en este caso puede afirmarse que la AEAT no ha realizado ninguno dirigido a la Sociedad.

Así las cosas, puede calcularse el posible recargo por extemporaneidad de acuerdo con este mismo artículo: *“Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa una vez transcurridos 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación, el recargo será del 15 por ciento y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse”*. Esto supone una ventaja, ya que se excluye cualquier sanción. Sin embargo, también supone que el recargo será de un 15% del importe no declarado (es decir, en torno a los 150.000 €).

En estos casos, se exigirán los intereses de demora por el período transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado

Por otro lado, a este importe habría que sumarle la prestación accesorias del pago de intereses de demora que correspondan al tiempo transcurrido entre junio de 2022 (12 meses a contar desde la finalización del periodo voluntario de pago), hasta el mes en que la Sociedad decida regularizar su situación. Así, según el art. 26 LGT, *“el interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del*

período en el que aquél resulte exigible, incrementado en un 25 por ciento, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente”.

No obstante, debe tenerse en cuenta como ventaja de regularizar la situación el principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias establecido en el art. 179.3 LGT. Según este, *“Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas”.* En otras palabras, en aplicación de este principio, la Sociedad no incurriría en responsabilidad y solo tendría que pagar el recargo mencionado anteriormente.

En definitiva, el importe aproximado sería un 25% de un millón de euros, es decir, al menos 250.000€.

2- No regularizar la situación.

Dicho esto, ahora cabe analizar lo que sucedería en el caso de que la Sociedad optara por no regularizar su situación. En este caso, podría ocurrir que la AEAT iniciase un procedimiento de inspección a la Sociedad. En él, se estudiaría lo relacionado con la declaración del correspondiente IS del periodo del año 2020.

Para determinar la posible sanción a la que se enfrentaría la Sociedad, debemos remitirnos al art.191 LGT, sobre la Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación, ya que la Sociedad ha ocultado los ingresos obtenidos por los conciertos de Tik Tok que deberían haberse declarado y tributado por ellos. Además, según el art. 191.3 LGT, la calificación de la infracción sería grave si tenemos en cuenta la cuantía y que la Sociedad ha ocultado a la AEAT estos ingresos: *“la infracción será grave cuando la base de la sanción sea superior a 3.000 euros y exista ocultación”.* Así, según este artículo, la sanción *“consistirá en multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por ciento”.* Además, deben sumarse a esta cantidad los intereses de demora generados hasta la liquidación.

Por otra parte, debe tomarse en consideración que existe la posibilidad de que se inicie un procedimiento penal contra la Sociedad con base en el art. 305 del Código Penal: *“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”.* Además, en aplicación del art. 305 bis del Código Penal, al superar la cuantía

defraudada los 600.000 €, la sanción aumentaría considerablemente: *“pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada”*.

En definitiva, tras analizar ambas alternativas, resulta más recomendable regularizar la situación fiscal de la Sociedad antes de adquirir el 51% de su capital social. Debe tenerse en cuenta que la existencia de un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paraliza la acción de cobro de la deuda tributaria, por lo que la Sociedad tendría abiertos ambos procedimientos. Además, la regularización por la Sociedad impediría que se le persiguiera por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que hubiera podido cometer, con lo que este riesgo quedaría totalmente mitigado.

Por último, en cuanto al mecanismo contractual más conveniente, este podría ser sujetar la perfección del contrato a una condición suspensiva mediante la cual esta queda condicionada a que la sociedad haya regularizado su situación fiscal en una determinada fecha.

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

En primer lugar, procede realizar una identificación y análisis de la contingencia. Lo que debe determinarse es si el hecho de registrar la marca “MOTOPAPI” vulnera el derecho de propiedad intelectual de la señora Rosalía García-Despechá y su marca “MOTOMAMI”, que se considera marca de renombre. Para ello, debemos averiguar cuando deben considerarse estas marcas como notorias:

Por marca notoria se entiende aquella marca que es generalmente conocida por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial, tal y como afirma el artículo 8.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en

adelante, “LM”). Sin embargo, este artículo únicamente afirma que una marca no podrá inscribirse en caso de que sea *“idéntica o similar a una marca anterior”*.

Remitiéndonos a la legislación europea, debe tenerse en cuenta la interpretación del artículo 8 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea. La jurisprudencia en este sentido afirma que una marca es notoriamente conocida según la *“cuota de mercado conseguida por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración de su uso, así como la importancia de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla”*⁴. Es decir, podríamos considerar “MOTOMAMI” una marca notoriamente conocida ya que tiene una gran cuota de mercado (un 40% de los consumidores del mercado la conoce), y las inversiones realizadas pueden considerarse muy relevantes (ha invertido más de 10 millones de euros solo en España).

Así las cosas, al tener “MOTOMAMI” notorio renombre, se podría impedir el registro de una marca posterior siempre que exista *“identidad o similitud de los signos y un perjuicio a la marca anterior sin justa causa, sea porque el uso de la marca posterior puede perjudicar el carácter distintivo o el renombre de la marca anterior al disminuir su carácter distintivo o único o porque el titular de la marca posterior se aproveche indebidamente del renombre por confusión de marcas”*⁵. En este sentido, es cierto que las marcas “MOTOMAMI” y “MOTOPAPI” presentan una gran similitud fonética y que sería razonable argumentar que podría existir un riesgo de confusión en el público, lo cual impediría registrar la marca según el art. 6 LM.

Para valorar la viabilidad de las acciones de Doña Rosalía, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 2 LM: *“Cuando el registro de una marca hubiera sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual, la persona perjudicada podrá reivindicar ante los tribunales la propiedad de la marca”*. Es decir, Rosalía podría presentar una acción reivindicatoria. En cuanto al plazo de dicha acción, este artículo afirma que debe ejercitarse *“con anterioridad a la fecha de registro o en el plazo de cinco años a contar desde la publicación de éste o desde el momento en que la marca registrada hubiera comenzado a ser utilizada”*.

Por su parte, la Sociedad podría basar su defensa en que las marcas son suficientemente distintas como para diferenciarlas o que el 40 por ciento de cuota de mercado de conocimiento no es un porcentaje lo suficientemente alto como para determinar que la marca es notoriamente conocida.

⁴ STS 531/2013, de 19 de septiembre.

⁵ Petra M. Thomàs Puig, Titular de Derecho Mercantil, Universitat de les Illes Balears, LA LEY mercantil, Nº 61, Septiembre 2019, Wolters Kluwer, LA LEY 11689/2019.

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

Para asesorar sobre las posibles implicaciones del despido de Don Patricio Quevedo, debe definirse en primer lugar si la relación laboral existente entre este y la Sociedad se puede clasificar como contrato de alta dirección. El art. 2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante, “RDPAD”) lo define como una relación de confianza mutua y una posición singular del directivo en la empresa. En este sentido, los contratos de alta dirección son contratos laborales también caracterizados por ajenidad y dependencia. Independientemente del nombre que se le dé al contrato, estaremos ante una relación laboral de alta dirección si se dan los siguientes elementos recogidos en la ley y la jurisprudencia del orden social⁶:

- i. Participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial.
- ii. El ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa.
- iii. El carácter general de esos poderes vinculados al conjunto de la actividad social.
- iv. Autonomía del ejercicio, sometido únicamente a al órgano rector de la sociedad; y, para el caso de Directores Generales de territorios.
- v. El ejercicio de un poder intenso y decisivo en el tráfico empresarial.

Así las cosas, en cuanto a la clasificación del contrato de D. Patricio, hay suficientes indicios (más allá del propio contrato) que permiten determinar que el contrato reúne estos requisitos, con lo que procede calificarlo como un contrato de alta dirección (es Director General de la Sociedad en las Islas Canarias).

Dicho esto, procede analizar las implicaciones que tendría el despido de Don Patricio en relación con su indemnización. En cuanto a la indemnización que le correspondería, teniendo en cuenta que estamos ante una extinción de la relación laboral por desistimiento del empresario, según el art. 11.1 del RDPAD el directivo tendría derecho “a las indemnizaciones pactadas en el contrato”. Esto es, a los 900.000 € que había pactado con la Sociedad.

Sin embargo, el art. 11.2 RPDAD afirma que “*el contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la*

⁶ STS 432/1990, de 24 de enero.

forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores". Es decir, que en caso de que la Sociedad pueda fundamentar el despido de D. Patricio en su incumplimiento grave y culpable del contrato laboral, podría este tener los efectos de un despido disciplinario del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, "ET"). Esto significaría, a efectos de indemnización, que D. Patricio no tendría derecho a ninguna indemnización ni a salarios de tramitación (art. 55.7 ET).

Ahora bien, en este mismo art. 11.2 RPDAD, se establece para este caso concreto que *"respecto a las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato"*. En otras palabras, si el despido disciplinario de D. Patricio se declarara improcedente, la Sociedad se vería obligada a indemnizarle con la cantidad pactada: (900.000 €).

En definitiva, la única opción que posibilitaría evitar pagar la indemnización pactada a D. Patricio sería probar que el despido se fundamenta en un incumplimiento grave y culpable por su parte del contrato laboral. No obstante, este incumplimiento grave y culpable debería ser entendido en el marco de una relación laboral especial como es la de los contratos de alta dirección. En este sentido, la causa fundamental que puede implicar que el comportamiento de D. Patricio sea susceptible de despido disciplinario sería la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Al hilo de lo anterior, para apreciar este incumplimiento no es necesario que se acredite *"la existencia de lucro personal, ni el haber causado daño o perjuicio a la empresa, pues basta el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad, precisando también la jurisprudencia que en la pérdida de confianza no cabe establecer grados"*⁷. Cuando se ocupa un puesto de alta dirección, el directivo está obligado a desempeñar su cargo respetando reglas de conducta totalmente diferentes a las de un trabajador común: por ello, se admite ciertas matizaciones en el cumplimiento e incumplimiento de ciertos deberes y en el ejercicio de determinados derechos. Las previsiones del artículo 54.2.d) ET contempla como causa de despido *"la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, siendo por ello aplicables los artículos 11 y 12 del Real Decreto 1382/1985, en cuanto se remiten a las normas de dicho Estatuto sobre causas de extinción del contrato de trabajo"*⁸.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la verdadera razón del despido tiene que ver con la estrategia empresarial, además de la fuerte protección que otorga la ley a los trabajadores, parece improbable que esta opción sea factible.

⁷ STSJ Cantabria 20 de abril de 1998

⁸ STS 31 de enero de 1991

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

Una vez realizado un procedimiento de Due Diligence, y habiendo detectado las potenciales contingencias, es necesario definir el régimen de responsabilidad del vendedor en caso de que éstas ocurran. Así, se procede a identificar los mecanismos contractuales de protección que puedan resguardar los intereses el Comprador. Al enfrentarnos a la evaluación de tres contingencias cruciales, a saber, las cuestiones fiscales, laborales y de propiedad intelectual, surge la necesidad de establecer estrategias sólidas que mitiguen riesgos y protejan los intereses del Grupo en el proceso de negociación del contrato de compraventa de participaciones con los actuales vendedores de la Sociedad. En este contexto, es esencial analizar y valorar los mecanismos contractuales disponibles, buscando identificar aquellos que sean más efectivos para abordar y prevenir potenciales complicaciones derivadas de estas contingencias.

Así las cosas, en cuanto a los mecanismos de protección contractual a favor del Comprador que deberían usarse, estos son los siguientes:

En primer lugar, las *“Representations and Warranties”* (R&W) o “declaraciones y garantías”. Estas se definen como un conjunto de manifestaciones que efectúa el vendedor respecto de los aspectos más esenciales de la compañía vendida. Es decir, constituyen un mecanismo que corrige la diferencia de información entre el vendedor y el comprador. Sin ir más lejos, estas R&W encuentran su fundamento en el artículo 1.166 del Código Civil, que establece que *“el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a recibir otra diferente, aunque sea de igual o mayor valor que la debida”*. Por lo tanto, una vez identificado el objeto debido, cambiarlo sin acuerdo entre las partes no es posible, ya que el cambio unilateral por parte del deudor resulta en el incumplimiento de la obligación.

En este caso, sería ideal introducir una R&W que permita al Comprador verificar que la Sociedad está al corriente de sus obligaciones tributarias, exceptuando la identificada anteriormente relativa a la no declaración de los ingresos generados por conciertos en TikTok.

Además, sería aconsejable incluir declaraciones y garantías que certifiquen la ausencia de vicios ocultos adicionales a los ya mencionados. Esta acción protegería al Comprador de eventuales riesgos que puedan emerger después del cierre, ya que el Vendedor asumiría la responsabilidad por cualquier falta de veracidad en dichas declaraciones y garantías.

Para asegurar el cumplimiento de las R&W y para garantizar el resarcimiento del Comprador en el caso de que aparezcan contingencias adicionales, sería conveniente contratar un seguro de W&I (*“Warranty and indemnity”*). Las pólizas de R&W puede contratarlas el vendedor (*“sell-side policy”*) o el comprador (*“buyer-side policy”*), si bien en este caso estaríamos ante una póliza *“buyer-side”*. Con las *buyer-side*, el comprador reclamará directamente contra la aseguradora bajo la póliza para recuperar la pérdida económica derivada de las contingencias.

Así, en cuanto a los tipos de cobertura que el Grupo podría incluir en la compraventa, sería recomendable que estableciera una cobertura por incumplimiento de las R&W otorgadas por el vendedor en la compraventa para solucionar posibles contingencias desconocidas. Además, para las contingencias conocidas e identificadas en los apartados anteriores, podría establecer pólizas *“tailor-made”* que le protejan frente a estos riesgos que ya han sido identificados en la due diligence (esto es, la contingencia de similitud entre una marca que pretende registrarse y otra notoriamente conocida y el inminente despido de D. Patricio Quevedo). De hecho, existen también pólizas *“tailor-made”* que protegen frente a determinados riesgos fiscales que ya han sido identificados (Tax Insurance), como la no declaración de los ingresos obtenidos por la Sociedad gracias a los ingresos de TikTok.

En este sentido, cabe destacar que dentro del marco regulatorio de las R&W, se deben establecer disposiciones que definan tanto la duración temporal como los límites cuantitativos de la responsabilidad.

En cuanto a los aspectos temporales, se reconoce la necesidad de imponer restricciones, considerando que es poco práctico que el vendedor asuma responsabilidades de manera indefinida. En términos generales, estos límites temporales suelen oscilar entre los 12 y 24 meses.

En lo que respecta a los límites cuantitativos, se contemplan diferentes criterios, siendo los más comunes los siguientes: el *“Cap,”* que establece la cantidad máxima por la cual el vendedor será responsable, generalmente vinculado al precio acordado en la transacción; el *“Minimis,”* que define el importe mínimo necesario para que un daño sea sujeto a indemnización por parte del vendedor, asegurando que solo se atiendan reclamaciones de relevancia significativa; y la *“Franquicia o basket”*, que implica una cantidad a partir de la cual el vendedor asumirá la responsabilidad por los daños indemnizables, pudiendo especificarse si responderá desde el primer euro o solo por el exceso de la franquicia, proporcionando así un marco claro para determinar su obligación en caso de reclamaciones.

El segundo mecanismo contractual de protección que podría beneficiar al Comprador en este caso son las *indemnities*. Estas hacen referencia a riesgos conocidos e identificados para los que existen remedios específicos, por lo que no les aplica el régimen general de las R&W de límites temporales y cuantitativos.

En este caso, el Comprador ha detectado una contingencia fiscal por una elusión fiscal de la Sociedad. Por eso, una *indemnity* que debería establecerse en el contrato de adquisición de sus participaciones podría consistir en que, si se materializa por una inspección por parte de las autoridades tributarias, la Sociedad deberá hacerse cargo del importe total del daño (principal, multa y recargos) inmediatamente después de firmar la resolución correspondiente. Además, también podría incluirse una cláusula en este sentido mediante la que, en caso de declararse que la marca “MOTOPAPI” no puede continuar inscrita en el Registro de Marcas y deba cambiarse su nombre, la Sociedad se haga cargo de los gastos de modificarla y de la posible indemnización a Doña Rosalía García-Despechá. Por último, también sería recomendable incluir una cláusula en esta línea en la que, en caso de tener que indemnizar a D. Patricio Quevedo en el marco de un contrato de alta dirección (que es probable), que la Sociedad se vea obligada a hacerse cargo de esta cantidad

Así las cosas, otro punto clave es la elección del mecanismo de fijación del precio de cierre de la transacción. En este sentido, existen dos mecanismos comúnmente aceptados de cierre de la operación: la metodología de “*Completion Accounts*” y la de “*Locked Box*”. Teniendo en cuenta las características de esta operación, habrá que decidir cuál de los dos es más conveniente.

La principal diferencia entre ellos es que el “*Locked Box*” implica el establecimiento de un precio fijo, no sujeto a ajustes por lo general. Sin embargo, en el sistema “*Completion Accounts*” se establece un precio inicial, que está sujeto a revisión en el momento de cierre.

En otras palabras, el mecanismo “*Locked Box*” consiste en la determinación del precio sobre la base de unos estados financieros de fecha anterior a la formalización del contrato de compraventa. Por tanto, no se realizan ajustes del precio por las variaciones posteriores a la fecha de referencia, quedando este determinado en la fecha de formalización de la compraventa. Esto implica que, aunque resultaría más simple y seguro para el Grupo, supone una mayor incertidumbre del estado de la empresa que se adquiere por las variaciones posteriores a la fecha de los estados financieros de referencia. Por tanto, esto hace que la due diligence tenga que ser muy precisa. Teniendo en cuenta que se han detectado 3 contingencias relevantes, podría suceder que existieran más vicios ocultos y que el precio ya estuviera fijado, lo que podría hacer que este sistema no sea muy recomendable en este caso. Sin embargo, tomando en consideración que para el Grupo es una prioridad entrar al mercado español en los próximos años, y que esta operación es su puerta de entrada, este sistema resulta ventajoso ya que es

más rápido y hace mucho más sencilla la redacción del contrato de compraventa, además de que el precio no puede ser objeto de futuras negociaciones y no caben los desacuerdos una vez firmado.

Por otro lado, en lo que al sistema “*Completion Accounts*” se refiere, este consistiría en que la Sociedad calcularía el precio estimado con base en sus estados financieros, siguiendo el método de cálculo acordado por las partes. Tras la firma de la compraventa, el Grupo tendría un determinado plazo para revisar el estado de la compañía, las cuentas anuales y el resto de los estados financieros facilitados, a fin de comprobar que los mismos sean correctos. En caso de estar conforme el Grupo, el precio estimado el día de la firma pasa a ser el definitivo, pero si el Grupo encontrara discrepancias, comunicaría la modificación del precio. En este caso, la Sociedad podría oponerse o aceptar las modificaciones. En consecuencia, en este caso es muy importante dejar claro tanto las fórmulas a seguir para la verificación del comprador como el procedimiento a seguir en caso de discrepancia, que suele ser la intervención de un auditor externo.

Es decir, esta opción tiene una clara ventaja para el Grupo que es una mayor seguridad en la determinación del precio y del negocio adquirido, pues pagará el valor exacto en la fecha en la que se adquiera el negocio. Sin embargo, este mecanismo puede tener desventajas para él, tales como disputas posteriores a la formalización por la concreción del precio, así como los costes que éstas le supongan. Esto ralentizaría la operación y retrasaría la entrada en el mercado español, quizá haciendo perder una gran oportunidad al Grupo.

En este sentido, cabe mencionar las posibles condiciones suspensivas que deberían incluirse en el contrato. Para ello, debe tenerse en cuenta que, en los contratos de compraventa de empresa mediante adquisición de participaciones, la firma (“*signing*”) representa un acuerdo sobre las condiciones de la operación, mientras que el cierre (“*closing*”) supone la ejecución de la operación.

Así, el *signing* no producirá la transmisión de la propiedad de las participaciones, que se pospone al momento del *closing*. Para ello es necesario que se cumplan una serie de condiciones suspensivas, que obligarán a ambas partes a la formalización de la operación en el momento del cierre. De esta forma, la firma del contrato opera como una promesa de compra, que no surtirá efectos hasta que estas condiciones suspensivas no se vean cumplidas.

Las condiciones suspensivas son, por lo tanto, aquellas de las que depende que se produzcan los efectos jurídicos propios del contrato de compraventa. Pueden consistir en actuaciones de cualquiera de las partes, o de un tercero, así como la concurrencia o no de distintas situaciones o eventos.

En este caso, sería interesante establecerlas en favor del Grupo, para que pueda reducir los riesgos de su inversión. Si bien el comprador goza de la protección de las declaraciones y garantías, las

condiciones suspensivas le permiten resolver, o mitigar, anticipadamente, las posibles contingencias que han sido identificadas durante el proceso de due diligence.

En este caso concreto, sería recomendable establecer como condición suspensiva la regularización de la situación tributaria de la Sociedad o el cambio de nombre de la marca “MOTOPAPI” en el Registro de Marcas (en caso de progresar la posible acción de reivindicación de Doña Rosalía).

PARTE 2: El asesoramiento proporcionado por su despacho permiten la adquisición con éxito del 51% de las participaciones de la Sociedad por parte del Grupo.

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

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

Para determinar cuáles son los pasos a seguir para repartir los dividendos de la Sociedad, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC (en adelante, “LSC”). En esta ley, se establecen varios requisitos financieros o restricciones para el reparto de dividendos con los que puede garantizarse la estabilidad financiera de una sociedad.

Así, lo primero que ha de tenerse en cuenta es lo que afirma el art. 273.2 LSC sobre el reparto de dividendos: *“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”*. Es decir, el patrimonio neto de la Sociedad nunca podrá ser superior al capital social tras el reparto.

Por su parte, el art. 273.2 LSC establece que, *“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”*. En otras palabras, los beneficios de la Sociedad han de ser destinados a cubrir las pérdidas de los ejercicios anteriores de la Sociedad en caso de que la cifra del patrimonio neto resulte ser inferior a la de su capital social.

Además, el art. 277 LSC establece el siguiente requisito para acordar el reparto de dividendos: que la cantidad a distribuir no exceda *“de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados”*

Así las cosas, procede analizar la información de la tabla proporcionada en el enunciado que refleja la estructura financiera de la Sociedad en relación con los tres requisitos mencionados anteriormente:

Tabla 1

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

De los conceptos incluidos en la tabla, se suman al patrimonio neto el capital social (50 millones de euros), las reservas (45 M€), otras aportaciones de socios (20 M€) y el beneficio del último ejercicio (5 M€). En total, 120 M€.

En cuanto a los préstamos participativos, se consideran como pasivo, citando la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital. Concretamente, en su art. 3 se afirma que estos préstamos se presentan en el pasivo del balance si cumplen la definición de pasivo incluida en el apartado 3 de este artículo (pasivo financiero, obligación contractual de entregar efectivo u otro activo financiero), si bien se consideran patrimonio neto a los efectos de determinar si concurren las causas de reducción obligatoria de capital social o de disolución obligatoria por pérdidas (que no es el caso).

Así las cosas, en cuanto a las pérdidas de ejercicios anteriores, estas son de 130 M €. Según los arts. 273 LSC y 277 LSC citados anteriormente, este es el importe que primero debe deducirse para disponer de las cantidades susceptibles de ser repartidas en forma de dividendos.

En aplicación de estos artículos, el patrimonio neto de la Sociedad es inferior a las pérdidas de los ejercicios anteriores, con lo que ésta no posee un patrimonio suficiente como para poder realizar un reparto de los dividendos legalmente permitido.

2. Uno de los socios minoritarios de la Sociedad, especialmente conflictivo y enfrentado a la dirección de la Sociedad en los últimos meses, Don Omar, con una participación del 25% del capital social, ha utilizado sus derechos políticos para complementar el orden del día incluyendo la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad. Alega que, dado que el Consejo de Administración está compuesto por cinco administradores, Don Omar tiene una participación suficiente para poder exigir este nombramiento. De lo contrario, ha advertido que impugnará un eventual acuerdo negativo de la junta de socios y que interpondrá acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración por los daños causados por infracción del deber de lealtad.

1- Posibilidad de Don Omar de complementar el orden del día

En primer lugar, debe analizarse la posibilidad de Don Omar de complementar el orden del día incluyendo la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad. Así, debe tenerse en cuenta que esto está permitido según el art. 172 LSC, que afirma que *“en la sociedad anónima, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día”*. Eso sí, este mismo artículo establece como requisitos para ello que este derecho se ejercite mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria y que el complemento de la convocatoria se publique con quince días de antelación a la fecha establecida para la reunión de la junta. Así, como Don Omar tiene una participación del 25% del capital social de la sociedad, en principio tiene la capacidad de complementar el orden del día.

Ahora bien, la Sociedad es una sociedad limitada (PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.), y la LSC solo prevé este derecho para las sociedades anónimas. Este tema es polémico y existen opiniones contrarias al respecto.

En este sentido, si el que puede lo más puede lo menos⁹, el accionista que puede forzar la convocatoria de una junta porque tiene el 5 % del capital que requiere el art. 168 LSC, debería también poder exigir que se incluyan puntos en el orden del día en la convocatoria realizada por los administradores.

Por otro lado, este hecho es perjudicial para las S.L. y sus miembros, por lo que tiene multitud de detractores. Los socios que quieren incluir en Junta uno o varios puntos en el orden del día deben acudir a la solicitud de convocatoria de Junta General (siempre que tuvieran al menos un 5% del capital social) mediante el correspondiente requerimiento notarial al órgano de administración. Además, si éste no

⁹ Alfaro, Jesús. (4 de junio de 2021). “El complemento de convocatoria de la junta (art. 172 LSC)”. Almacén de Derecho. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-complemento-de-convocatoria-de-la-junta-art-172-lsc>

atiende su solicitud, no queda otra vía que solicitar la convocatoria judicial, lo que supone en principio un coste económico que debe ser asumido de inicio por el socio y una mayor dilación.

Por tanto, para entender que en una S.L. un socio no puede complementar el orden del día, habría que interpretar el art. 172 LSC *a sensu contrario*, lo cual resulta complicado de sostener, siendo más lógica una interpretación análoga o incluso *a fortiori*: si existe la posibilidad en las S.A., con más razón en las S.L., que son por definición más simples y flexibles.

En definitiva, no hay una postura clara a este respecto. Aun así, parece improbable que la solicitud del complemento de convocatoria por parte de Don Omar prospere si nos ceñimos estrictamente a lo establecido en el art. 172 LSC, que limita esta posibilidad a las sociedades anónimas. Sin embargo, la redacción de este artículo no excluye expresamente a ningún tipo societario, así que existe la posibilidad de que la solicitud de complemento de convocatoria prospere.

Con todo ello, pese a que Don Omar no lograra introducir el complemento de convocatoria, este socio sí podría lograr sus objetivos de nombrar a D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad utilizando otros mecanismos previstos en la LSC.

En primer lugar, debe partirse de la base de que, según el art. 214.1 LSC, “*La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios sin más excepciones que las establecidas en la ley*”. Por tanto, en principio no puede nombrarse un nuevo administrador como D. Lewis de manera unilateral.

Sin embargo, si atendemos lo dispuesto en la LSC sobre el sistema de representación proporcional, en las sociedades anónimas “*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*”. En otras palabras, los socios de una S.A. tienen la capacidad de nombrar a los administradores de manera proporcional a su participación en el capital social. Ahora bien, al igual que en el complemento de convocatoria, solo se hace referencia a las sociedades anónimas, y no a las sociedades limitadas.

Sin embargo, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) ha admitido recientemente la inscripción de una cláusula estatutaria relativa al sistema de representación proporcional en el consejo de administración de una S.L. En su resolución, la Dirección General extiende la aplicación de este sistema también en S.L., estableciendo como requisito fundamental que esta posibilidad esté expresamente prevista en estatutos¹⁰. En esta línea, esto ya había sido previsto previamente por el Tribunal Supremo. De hecho, sus sentencias suponen el fundamento principal de la

¹⁰ Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

DGSJFP en su resolución, aludiendo, entre otros, al principio de la autonomía de la voluntad de las partes y a la idea de flexibilidad que rodea a las S.L., teniendo en cuenta que el sistema de representación proporcional no supone una limitación a la competencia de la junta general prevista en el artículo 160.b) LSC.¹¹

En resumen, si en los estatutos de la Sociedad se encuentra previsto que pueda utilizarse el sistema de representación proporcional del art. 243 LSC, el nombramiento de D. Lewis como consejero debería ser válido, ya que D. Omar ostenta un 25% del capital social y el consejo de administración está formado por cinco consejeros, con lo que un 20% del capital social sería suficiente. En caso contrario, las intenciones de D. Omar se verían frustradas.

Ahora bien, es menester considerar la posibilidad de cesar al administrador D. Lewis en cualquier momento, permitida en el art. 223 LSC: *“Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día”*. Sin embargo, algunas sentencias han declarado abusivo el cese continuado de un administrador, con lo que no es recomendable para los consejeros de la Sociedad utilizar este mecanismo.¹²

Por último, asumiendo que el resto de los miembros del consejo de administración de la Sociedad están enfrentados a la postura de D. Omar, podrían excluirlo con base en el art. 199 LSC mediante mayoría reforzada: *“la exclusión de socios... requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”*. En caso de ponerse todos de acuerdo, lograrían llegar a la mayoría requerida.

2- Impugnación del eventual acuerdo negativo de la junta de socios por parte de D. Omar.

Otra de las cuestiones sobre las que debe asesorarse es el hecho de que D. Omar haya advertido que impugnará un eventual acuerdo negativo de la junta de socios:

Para empezar, cabe aclarar qué entendemos por “acuerdos negativos”. Los acuerdos sociales negativos son aquellas propuestas de acuerdos que una vez han sido sometidas a la deliberación y votación por parte de la Junta General, no han conseguido la mayoría de los votos necesarios para su aprobación, y, por lo tanto, han sido rechazadas. Es decir, los acuerdos negativos son, pues, “no acuerdos”, es decir, propuestas -de los administradores o de los socios- frustradas, por cuanto que, aunque sometidas a votación, no han conseguido la mayoría exigida.¹³

¹¹ STS núm. 138/2009, de 6 de marzo

¹² STS 653/2008, 2 de Julio de 2008

¹³ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “La impugnación de acuerdos. Artículo 204”, en Comentario de la 31 Ley de Sociedades de Capital, Rojo, A. y Beltrán, E. (dir.), Civitas (2011) vol. I, pág. 1438

Ahora bien, a primera vista resulta confuso si este tipo de acuerdos es o no impugnabile. En este sentido, el carácter de verdadero acuerdo social del acuerdo negativo fue ya reconocido por el Tribunal Supremo:

“(...) lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores. Pero no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no les correspondían, al haber quedado sin efecto el acuerdo social que las acordó. Es un acuerdo contemplado por la Ley [...]. Por lo tanto, acuerdo lo hay, aunque su contenido sea que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad”¹⁴

A este respecto, es también reseñable la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de junio de 2015, cuando establece en cuanto a la posibilidad de impugnar los acuerdos negativos que *“en cualquier caso, nos encontramos ante un «acuerdo impugnabile», o, dicho de otra manera, la nota de «impugnabilidad» no estriba tanto en el sentido de la decisión como en su contenido y adecuación a la ley y a los estatutos de la sociedad”*.

Por si fuera poco, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid lo confirma al afirmar que *“Aunque en origen había una gran discusión doctrinal y jurisprudencial acerca del tema, el TS ya ha concluido que sí, que es posible impugnar un acuerdo social negativo porque refleja una voluntad social, máxime si despliega efectos o consecuencias jurídicas para la mercantil”¹⁵*. En definitiva, el acuerdo negativo de no designar a D. Lewis consejero podría ser objeto de impugnación.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la LSC prevé los acuerdos que pueden impugnarse en su art. 204: *“son impugnables los acuerdos sociales 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”*.

Así las cosas, este acuerdo negativo no es contrario a la ley, ya que el hecho de no nombrar a D. Lewis consejero es perfectamente legal. En este sentido, no conocemos los estatutos de la Sociedad, así que no podemos conocer si el acuerdo negativo es contrario a los mismos, así que asumiremos que no lo es. Por tanto, solo queda determinar si este acuerdo negativo podría considerarse contrario al interés social. El concepto “interés social” no hace referencia al interés de la empresa, sino sólo al interés de los que forman parte de la sociedad, de los socios: *“En todo caso, es inaceptable la doctrina del interés de la «empresa en sí», esto es, la afirmación de que la propia organización tiene un interés propio en «sobrevivir». La razón es obvia: las empresas son «artefactos» al servicio de los intereses de los*

¹⁴ STS 317/2015, 2 de Junio de 2015

¹⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 13 de Madrid, de 23 de marzo de 2021

*individuos que las crean. Es ridículo afirmar que una máquina tiene un interés en que no la desconectemos cuando nos ha dejado de ser útil.”*¹⁶

En este sentido, para que este acuerdo negativo sea impugnabile con base en el art. 204 LSC, tendría que determinarse que resulta lesivo para el interés social, esto es, el interés común de los socios de la Sociedad.

Si se continúa leyendo dicho artículo, este afirma que *“la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría”*. Es decir, cuando, *“sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”*. Pues bien, teniendo en cuenta que D. Omar es conflictivo, está enfrentado con el resto de los socios de la sociedad y que aparentemente no hay ninguna razón que justifique lo perjudicial para el común de los socios que sería no nombrar a D. Lewis consejero, no parece probable que la impugnación del acuerdo negativo prosperara.

Por otro lado, D. Omar ha advertido de que, en caso de que el nombramiento de D. Lewis como consejero no tenga lugar, interpondrá acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración por los daños causados por infracción del deber de lealtad.

En primer lugar, cabe preguntarse si D. Omar se encuentra legitimado para presentar por sí mismo una acción de responsabilidad contra el Consejo de Administración, ya sea individual o social. Pues bien, según el art. 239.1 LSC sobre la legitimación de la minoría, el socio que posea individual o conjuntamente una participación que le permita solicitar la convocatoria de la junta general podrá ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general. En este caso, D. Omar ostenta el 25% del capital social, lo que supera el 5% requerido por el art. 168 LSC. Por tanto, sí que estaría legitimado para presentar esta acción de responsabilidad social.

Al hilo de lo anterior, en cuanto a la acción individual, también podría ser presentada, aunque, para que esta progresara, tendría que haberse producido un daño en el patrimonio de D. Omar. En este sentido, la acción individual de responsabilidad es aquella cuya finalidad va dirigida a proteger a los socios, acreedores y, en definitiva, a los terceros de los actos o acuerdos ilícitos realizados por los administradores que dañen directamente su patrimonio. De hecho, del art. 236 LSC se deduce que el acto castigado debe ser contrario a la ley o a los estatutos, incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo además de haber intervenido dolo o culpa. Como en este caso no ha tenido lugar por parte del resto de los socios ningún acto que cumpla estas características ni que haya producido

¹⁶ Alfaro, Jesús. (3 de enero de 2016). “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”. Dialnet. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5739362>

una lesión al patrimonio de D. Omar, parece que la acción individual de responsabilidad no podría progresar de ninguna manera.

3- Infracción del deber de lealtad

Dicho esto, debemos preguntarnos si la infracción del deber de lealtad es invocable en este sentido. El artículo 227.1 LSC actúa como cláusula general que establece el deber de los administradores de “desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”. Por su parte, el art. 232 LSC permite la “anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”. Es decir, la infracción del deber de lealtad en la que amenaza D. Omar fundamentar su impugnación es efectivamente invocable.

Ahora bien, ahora cabe analizar el concepto de “deber de lealtad” en el que D. Omar quiere fundamentar su acción de responsabilidad. El deber de lealtad es un concepto jurídico indeterminado, que no queda del todo delimitado por el art. 227.1 LSC. La deslealtad corporativa entraña siempre, en efecto, una «apropiación indebida»¹⁷. Esto es, una actuación genérica que se caracteriza por la desviación de valor de la esfera social a la esfera individual, siempre motivada por la anteposición de los intereses propios a los intereses ajenos por los que uno debe velar.

En este sentido, el legislador ha querido además suministrar en el art. 228 LSC alguna orientación adicional, y para ello ha articulado las principales prohibiciones y obligaciones derivadas del mandato genérico de lealtad, que proceden a compararse con el supuesto fáctico que nos ocupa para determinar si alguna de ellas es subsumible:

- a) La prohibición de desviación de poder: el administrador queda obligado a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas». En este caso, el hecho de no nombrar consejero a D. Lewis implica un ejercicio de las facultades del resto de socios que manifiestan la voluntad social, que es para lo que les han sido concedidas esas facultades. Por tanto, no sería subsumible.
- b) La confidencialidad: guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo. Lógicamente, nada tiene que ver el caso de D. Omar con la confidencialidad.
- c) La obligación de abstenerse de participar en decisiones en las que tengan un interés propio. En este caso, esta decisión afecta al común de los socios, así que tampoco es subsumible.
- d) La obligación de independencia: asumiendo que no hay ninguna influencia externa para decidir no nombrar consejero a D. Lewis, tampoco es subsumible.

¹⁷ Paz-Ares, Cándido. (2015). Uría Menéndez. Anatomía del deber de lealtad.

- e) La obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés: en este caso, no se identifica ningún posible conflicto de interés por parte del resto de socios.

En conclusión, la posibilidad de que la infracción del deber de lealtad sea apreciada en este caso no resulta razonable.

2.3 Además, Don Omar ha solicitado al Consejo de Administración información muy detallada sobre las ventas de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023. Los miembros del Consejo de Administración consideran que esta información podría serle denegada al no ser relevante para que ejerza sus derechos, teniendo en cuenta que Don Omar realiza este tipo de peticiones de forma frecuente con el objetivo de obstaculizar el trabajo del consejo con tareas irrelevantes y monótonas. ¿Podrían denegarle la información solicitada a Don Omar o, en caso contrario, cuáles serían los plazos y forma para aportar tal información?

Para asesorar sobre esta cuestión, debe definirse en primer lugar el concepto de “derecho de información”, que es el derecho que D. Omar trata de ejercitar. El derecho de información consiste en la facultad de los socios de solicitar al órgano de administración de la sociedad, con ciertos límites para evitar abusos, los informes y aclaraciones que estimen precisos en relación a los asuntos a tratar en la junta. Su fundamento reside en asegurar que los socios pueden votar en la junta siendo conocedores de la información relevante de la sociedad en relación con los asuntos sobre los que se va a deliberar.

En este sentido, este derecho se regula en los arts. 196 y 197 LSC. Teniendo en cuenta que la Sociedad es una S.L., es aplicable el 196. Así, en su apartado primero, afirma que los socios podrán solicitar por escrito los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Es decir, si el orden del día de una junta contiene algún punto relacionado sobre la venta de discos de la Sociedad en 2023, D. Omar podría ejercer su derecho de información sin ningún problema.

1- Plazo y forma para aportar la información

En cuanto al plazo para solicitarla, según este mismo artículo, podría solicitar la información “*con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma*”. Este plazo difiere del establecido para sociedades anónimas en el art. 197.1 LSC, que dispone que debe solicitarse con al menos siete días de antelación a la celebración de la junta. En otras palabras, en las S.L. el derecho de información previo a la celebración de la junta no está sometido a un plazo temporal, por tanto, podrá solicitarse en cualquier momento previo a la celebración de la junta además de durante la misma.

En cuanto al plazo y forma para aportarla, el art. 196.2 LSC establece que *“el órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada”*. Es decir, en las sociedades de responsabilidad limitada no se establece el modo ni el plazo en que los administradores deben dar cumplimiento a su obligación de entregar la información. Ante este silencio legal, la doctrina mayoritaria considera que la información se debe proporcionar en la misma forma que se solicitó. De este modo, si se solicitó por escrito, antes de la celebración de la junta, los administradores deben entregar la información de ese mismo modo. Por el contrario, si la información se solicitó verbalmente durante la celebración de la junta, los administradores deben dar respuesta también de esta forma. Además, en las S.L. los administradores deben dar respuesta a la información solicitada por los socios durante la junta en ese mismo momento, a diferencia de lo que ocurre en las S.A, para las que se prevé el plazo de siete días posteriores a la misma durante los cuales los administradores podrán dar respuesta a la información requerida ¹⁸. En conclusión, el plazo y la forma para aportar la información dependerá de cómo y cuándo ejerza su derecho a la información D. Omar.

2- Posibilidad de denegar la información a D. Omar.

Por otro lado, para responder a la pregunta de si el resto de los socios podrían denegar la información solicitada por Don Omar, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 196 LSC. Así, este establece como excepción a la obligación de proporcionar la información el hecho de que, a juicio del propio órgano de administración, su publicidad perjudique el interés social. Sin embargo, para las sociedades anónimas, el art. 197.3 LSC resulta más preciso al establecer que sus administradores están obligados a entregar esa información, salvo que consideren que concurren alguna de estas tres circunstancias: en primer lugar, que la información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio; en segundo lugar, que existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales; y en tercer lugar, que su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.

De todas formas, para las sociedades limitadas el legislador se limita a establecer como justificación de denegación de la información que el ejercicio de este derecho perjudique al interés social, lo que supone un gran margen de discrecionalidad.

En este sentido, D. Omar realiza este tipo de peticiones de forma frecuente con el objetivo de obstaculizar el trabajo del consejo con tareas irrelevantes y monótonas, lo que perjudica claramente el interés social o común del conjunto de los socios de la Sociedad. Por tanto, podría argumentarse que su ejercicio es contrario a la buena fe (lo que contraviene el art. 7 del Código Civil) y por tanto abusivo. De hecho, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma expresa sobre ello, afirmando que el

¹⁸ Benavides Velasco, P. (2016) “El derecho de información de los socios en las sociedades de capital”.

derecho de información no se puede ejercer de forma abusiva y que el socio debe actuar de buena fe¹⁹. De este modo, la prohibición de abuso de derecho impide que el derecho se pueda ejercitar más allá de la finalidad para la que fue otorgado y la buena fe está estrechamente ligada a la intención del socio en el ejercicio del derecho. En este caso, D. Omar solo ejerce su derecho para impedir la eficiencia del trabajo del consejo y fomentar trámites burocráticos, con el fin último de obstaculizar el trabajo del órgano de administración, lo que dista notablemente de la finalidad para la que le fue otorgado su derecho de información.

Así, para que D. Omar demostrara el ejercicio no abusivo y de buena fe, debería probarse que tiene interés en la obtención de la información solicitada y que ha hecho todo lo necesario para recibirla. Para ello, se deberán tener en cuenta aspectos como las dimensiones y características de la Sociedad, la distribución del capital social o el tipo de información solicitada y su naturaleza y relevancia.

En esta línea, debe considerarse que existe la obligatoriedad de que la información solicitada esté relacionada con “*los asuntos comprendidos en el orden del día*” (art. 196.1 LSC). Si bien es cierto que la información sobre la venta de discos en 2023 podría ser relevante, habría que tener en cuenta el orden del día de la junta para la que se ha ejercitado su derecho en aras de comprobar si efectivamente es procedente solicitarla. En este punto, el problema es determinar quién debe encargarse de decidir si la conexión entre la solicitud de información y el orden del día de la junta es o no suficiente. Según el TS, el juicio de pertinencia corresponde a los administradores, y son ellos los que tienen que valorar en cada caso la existencia de esa conexión²⁰.

Ahora bien, también cabe destacar que, según el art. 196.3 LSC, los administradores de la Sociedad no podrían denegar la petición de información si la hubiesen formulado socios que alcancen al menos el 25% del capital social, como es el caso de D. Omar.

Es decir, habría que estudiar la posibilidad de que, en caso de denegar el derecho de información de D. Omar y que este presentara una acción de responsabilidad con base en este precepto, esta acción progresara.

En conclusión, parece razonable argumentar que el consejo de administración podría denegar conceder a D. Omar la información que solicita si se prueba que ejercita de mala fe su derecho de información.

¹⁹ STS núm. 406/2015 de 15 de julio

²⁰ STS núm. 531/2013 de 19 de septiembre.

PARTE 3: Meses después de la adquisición de la Sociedad por parte del Grupo, los resultados de la Sociedad permiten a la Sociedad emprender la expansión en el resto de España. Contactan una vez más a su despacho para informarles sobre las dos decisiones estratégicas que pretenden implantar:

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

La primera de las decisiones estratégicas de la la Sociedad consiste en que la sociedad Summer Sound Barcelona, S.L.U. (en adelante, la “Target”) deje de estar controlada por Summer Sound, S.L.U. y pase a estarlo por la Sociedad.

1- Fusión por absorción de la Sociedad y Summer Sound Barcelona S.L.U.

La primera alternativa sería la fusión por absorción de la Sociedad y Summer Sound Barcelona S.L.U. Este caso se define por el rasgo de que la participación de la sociedad absorbente (la Sociedad) en la absorbida (la “Target”) es totalmente indirecta, existiendo una o más sociedades intermedias que no intervienen en la fusión (utilizando un símil de grados de parentesco, podría decirse que es una fusión abuela-nieta).

Así, al ser la sociedad absorbente titular (de forma indirecta), de todas las participaciones de SUMMER SOUND S.L.U., no se exigirá siguiendo al art. 53 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio²¹

- Que en el proyecto de fusión conste al tipo de canje de las acciones o participaciones, ni las modalidades de entrega de las acciones o participaciones de la sociedad resultante a los socios de la sociedad o sociedades absorbidas, ni la fecha de participación en las ganancias sociales de la sociedad resultante o a cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho o a la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante o a las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan.

²¹ 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.

- La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.
- El informe de los administradores

Sin embargo, según el apartado 2 de dicho artículo, sí que será exigible:

- El informe de un experto independiente, incluso tratándose de sociedades limitadas.
- La convocatoria de las correspondientes Juntas Generales y la aprobación del acuerdo de fusión, que sólo será necesario en sede de la sociedad absorbente, no en sede de las sociedades participadas absorbidas.
- Publicación del acuerdo de fusión e inscripción.
- El aumento de capital de la sociedad absorbente (la Sociedad), aunque la expresión “en su caso” permite en la práctica inscribir fusiones de este tipo sin aumento de capital derivado de la fusión.²²

Así las cosas, este artículo también establece que la sociedad filial intermedia Summer Sound, S.L.U. (o “sociedad madre”) debe ser compensada por la matriz (o “abuela”) por el valor razonable de la participación que pierde en la sociedad absorbida. Esta norma ha de aplicarse siempre que la fusión provoque una disminución de su patrimonio neto (lo que debería suceder siempre que el valor de la absorbida sea superior a cero). La norma pretende proteger a los acreedores de la sociedad que, por no fusionarse ésta, carecen del derecho de oposición según el art. 44 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME”). En otras palabras, lo que sucede equivaldría al supuesto de que la absorbente hubiera adquirido la participación en la absorbida a su filial intermedia pagando por ello su valor razonable (precio de mercado) y luego hubiera procedido a la absorción de una sociedad íntegramente participada de forma directa.

2- Fusión entre Summer Sound S.L.U y la Target; y la escisión de la Target a favor de la Sociedad.

En segundo lugar, otra alternativa podría ser la combinación de la fusión entre Summer Sound S.L.U y la Target; y la escisión de la Target a favor de la Sociedad.

En cuanto a esta fusión, la LME regula las fusiones que denomina “supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas”. En este caso, estaríamos ante una fusión entre sociedades íntegramente participadas directamente por un mismo socio. (Summer Sound S.L.U. posee el 100% de las participaciones de la Target).

Según el mencionado art. 53 del RDL 5/2023, existiría en este caso una gran simplificación procedimental ya que *“la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los siguientes requisitos:*

²² “Cuando la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbida... será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente...”

- *La inclusión en el proyecto de fusión de las menciones relativas al tipo de canje de las acciones o participaciones, a las modalidades de entrega de las acciones o participaciones de la sociedad resultante a los socios de la sociedad o sociedades absorbidas, a la fecha de participación en las ganancias sociales de la sociedad resultante o a cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho o a la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante o a las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan.*
- *Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión.*
- *El aumento de capital de la sociedad absorbente.*
- *La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas”.*

Así las cosas, en cuanto a la sociedad absorbente, el art. 51 LME posibilita omitir el acuerdo de la junta y sustituirlo por el del órgano de administración.

Sin embargo, debe tenerse presente que en estos casos resulta preciso cumplir algunos requisitos de publicidad. Esto es, la publicación de anuncio en el BORME o en un diario de gran circulación en la provincia en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio con una antelación de un mes a la fecha prevista para la absorción de la participada (la Target).

En este punto, una vez realizada esta fusión, procedería la escisión parcial de la sociedad “nieta” a favor de la Sociedad o sociedad “abuela”. Así, esta operación consistiría en el traspaso en bloque por sucesión universal la parte de la nueva sociedad que corresponde a la sociedad Target a la Sociedad “abuela” o matriz, recibiendo a cambio el socio de la sociedad que se escinde un número de acciones participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

Eso sí, para que pueda hablarse de escisión parcial, cada una de las partes del patrimonio que la entidad escindida traspasa a la sociedad beneficiarias, debe formar una unidad económica, pues de lo contrario estaríamos ante un supuesto de aportación no dineraria. Es decir, tanto SUMMER SOUND S.L.U. como Summer Sound Barcelona S.L.U deberían formar una unidad económica.

No está claro, sin embargo, qué se entiende por unidad económica. Para encontrar una definición hay que acudir a la doctrina y la jurisprudencia que, en general, lo definen como el conjunto de elementos patrimoniales, activos y pasivos, que constituyen, desde el punto de vista organizativo y de estructura, una explotación autónoma capaz de operar en el tráfico jurídico con sus propios recursos.²³

²³ Resolución de 10 de junio de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, contra la

A modo de ejemplo, se ha calificado como unidad económica la segregación de elementos patrimoniales que tienen la consideración de parque eólico (aerogeneradores, líneas subterráneas de interconexión y subestación transformadora) con capacidad para producir, por sí mismos, energía eléctrica; pues tales elementos constituyen un conjunto organizado con esa finalidad. El hecho patente es que, ese conjunto, es capaz de producir un bien económico susceptible de aprovechamiento y con funcionamiento autónomo, pues para producir ese bien económico y susceptible de aprovechamiento, con ese mismo carácter, no necesita de algún otro elemento patrimonial.²⁴

En definitiva, mediante esta escisión, el socio unipersonal de la sociedad escindida asumiría la condición de socio de la Sociedad o “abuela” en la medida en que recibe participaciones del capital de estas últimas entidades según criterios de proporcionalidad en función de la participación poseída en la entidad escindida. De esta manera, la Target estaría al 100% controlada por la Sociedad

3- Ampliación de capital en Summer Sound Barcelona, S.L.U.

Adicionalmente, la Sociedad podría considerar la posibilidad de realizar una ampliación de capital en Summer Sound Barcelona, S.L.U., permitiendo así que la Sociedad adquiriera nuevas acciones y aumente su participación hasta alcanzar el 100% del control. En este sentido, los requisitos para realizar un aumento de capital en una S.L.U. incluyen la adopción del acuerdo por la junta general de socios cumpliendo con los requisitos establecidos en la LSC, la inscripción en el Registro Mercantil, y la verificación del balance por un auditor de cuentas. Además, sería necesario que el acuerdo de aumento de capital fuera adoptado con la mayoría ordinaria establecida para las SL, que se haga constar en la inscripción la identidad de las personas a quienes se han adjudicado las participaciones en caso de aportaciones no dinerarias, y que se cumplan los requisitos particulares para la compensación de créditos contra la sociedad, los cuales deben ser totalmente líquidos y exigibles.

4- Liquidación de Summer Sound S.L.U

Por otro lado, en cuanto a la intención de liquidar la filial Summer Sound S.L.U., proceden a explicarse los pasos a seguir para hacerlo.

En primer lugar, debería comprobarse si concurre alguna de las causas que se establecen en el art. 363 LSC, o alguna de las que hayan podido establecerse en los estatutos de esta sociedad.

Si no se da este caso, el art. 368 LSC posibilita la disolución por voluntad de la Junta General. Es decir, del mismo modo que la sociedad nace por la voluntad de sus socios, también pueda disolverse por

negativa del Registrador mercantil número IX de Madrid a inscribir una escritura de ampliación de capital de una sociedad anónima.

²⁴ SAP Burgos 91/2004, 3 de marzo

acuerdo de estos, sin necesidad de que concurra causa legal o estatutaria específica. Así, el acuerdo de disolución ha de adoptarse con los requisitos y la mayoría legal reforzada prevista con carácter general en cada tipo social para la modificación de estatutos. En concreto, para una S.L.U, según el art. 199 a) LSC, el acuerdo debería adoptarse con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a todas las participaciones en que se divida el capital. Al tratarse de una sociedad unipersonal, el socio único hace las veces de Junta General, así que este debería estar de acuerdo con disolverla.

En cuanto a su inscripción y publicidad, una vez se haya acordado la disolución el acuerdo deberá de inscribirse en el RM, en virtud de escritura pública o testimonio del auto en que se declara la disolución.

En la inscripción de la disolución se harán constar, además de las circunstancias generales:

- La causa que la determina.
- El cese de los administradores.
- Las personas encargadas de la liquidación.
- Las normas que, en su caso, haya acordado la junta general para la liquidación y división del haber social.

Una vez inscrita la disolución de la sociedad en el RM, el registrador mercantil debe remitir de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, la inscripción de la disolución al BORME para su publicación.²⁵

En este punto, comenzaría la liquidación de esta sociedad. La liquidación es el conjunto de operaciones que, después de la disolución de una sociedad, tiene por objeto la realización de los elementos del activo y el pago y cumplimiento de las deudas y obligaciones sociales, para proceder, posteriormente, al reparto entre los socios del activo neto subsistente. Además, debe tenerse en cuenta que la liquidación debe ajustarse necesariamente a las previsiones legales, sin que los estatutos o la voluntad social puedan adoptar ninguna determinación excluyente o contraria a aquellas. También cabe destacar que la apertura del período de liquidación no determina la extinción de la sociedad, sino que subsiste con un fin distinto del establecido en el objeto social. Pasa a ser una sociedad en liquidación, cesan los poderes de los administradores, actúan los liquidadores, y termina la liquidación con el cumplimiento de estas funciones, subsistiendo, no obstante, su personalidad jurídica, mientras no se agoten todas las relaciones jurídicas.

Así, la apertura del periodo de liquidación modifica la estructura orgánica de la sociedad: los administradores son sustituidos por los liquidadores, quienes como órgano de administración y de representación de la sociedad en liquidación asumen la totalidad de sus funciones. En este caso, el

²⁵ Art. 369 LSC; art.9, 239.1 y 240 RRM

antiguo administrador sería sustituido por los liquidadores, aunque seguiría existiendo la obligación de este de colaborar en la liquidación.

En este sentido, volviendo al procedimiento, durante el periodo de liquidación deben elaborarse, en su caso, los restantes documentos extracontables exigidos por la LSC: Inventario, balance inicial de la sociedad y balance final de la liquidación.²⁶

A tal efecto, los liquidadores deben formular, en el plazo de tres meses desde la disolución, el inventario y el citado balance inicial de la sociedad con referencia a la fecha de disolución.

Así, siguiendo el art. 384 LSC, los liquidadores procederán a realizar el activo de la sociedad; y extinguir el pasivo social.

a) Activo: En cuanto a la integración y realización del activo social son operaciones típicas las siguientes:

- Reclamar los créditos pendientes y vencidos de la sociedad.
- Reclamar el pago de los dividendos pasivos vencidos.
- Exigir, en su caso, el desembolso de los pendientes, en la cuantía necesaria para abonar las deudas.
- Enajenar bienes o derechos sociales para monetizar el activo de la sociedad, facilitando el posterior abono de deudas y pago de la cuota de liquidación.

b) Pasivo: Por lo que se refiere al pasivo de la sociedad, los liquidadores deben pagar las deudas vencidas a cargo de la sociedad; cumplir las obligaciones pendientes a cargo de la sociedad y asegurar el pago de las deudas no vencidas a cargo de la sociedad.

Así las cosas, la junta general debe pronunciarse sobre dos cuestiones esenciales: la primera de ellas es la aprobación del balance final de la liquidación (un documento extracontable que permite apreciar la realidad económica de la sociedad una vez realizado el activo social y reducidas a líquidas las deudas sociales que no se hayan podido abonar con anterioridad). La segunda es la determinación de la cuota de liquidación, que es valoración de la participación que en el activo neto resultante corresponde a cada uno de los socios de la entidad, fijada conforme a las normas legales y estatutarias. En este caso, al ser una sociedad unipersonal, no es necesario calcularla ya que solo hay un socio.

En esta línea, la última fase del proceso de liquidación consiste en el reparto del patrimonio social neto subsistente entre los socios, para lo cual previamente hay que determinar los bienes del patrimonio social resultante de la liquidación que se van a adjudicar a los socios respectivos en pago de su cuota

²⁶ Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.

de liquidación y fijar el procedimiento a través del cual se van a hacer efectivas dichas adjudicaciones. Nuevamente, al ser una sociedad unipersonal todo el patrimonio subsistente será entregado al socio único. Ahora bien, sí es importante destacar que la adjudicación de estos bienes o derechos representa un hecho imponible, sujeto a gravamen en los dos principales impuestos personales del sistema (IRPF e Impuesto sobre Sociedades). De otra parte, la adjudicación también queda sometida a la imposición indirecta: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD)

Finalmente, la liquidación puede considerarse concluida materialmente cuando se ha abonado el pasivo de la sociedad, esto es, satisfecho las deudas, y se ha repartido el activo neto subsistente entre los socios. Tras ello, se otorga la escritura de extinción y se presenta en el RM a efectos de cancelar sus asientos registrales

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

En este caso, la Sociedad pretende adquirir los títulos de una sociedad cotizada en bolsa (Biza) a un precio justo y durante un plazo determinado, es decir, realizar una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, "OPA"). Teniendo en cuenta que Biza es una sociedad cotizada, es aplicable a esta operación el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (en adelante, RD 1066/2007), que así lo determina en su primer artículo (*"Quedarà sujeta a lo dispuesto en este real decreto toda persona física o jurídica que formule o deba formular una oferta*

pública de adquisición de acciones de una sociedad cotizada u otros valores que den derecho a su adquisición o suscripción”).

Así, la OPA debe ser lanzada por la totalidad de los valores de la sociedad afectada y a un precio equitativo, esto es, no inferior al máximo pagado por los oferentes por los valores de la sociedad afectada en los 12 meses anteriores al anuncio de la oferta.

1. Escenario de la compra del 29,99% de las acciones de Biza

En este primer escenario, nos encontraríamos ante la necesidad de determinar si es obligatorio o no lanzar una OPA. En este sentido, según el art. 3 RD 1066/2007, “*quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición ... quien alcance el control de una sociedad cotizada*”. Entonces, debe determinarse qué se entiende por “alcanzar el control” de una sociedad cotizada. A este respecto, según el art. 4.1 RD 1066/2007, se considera que una persona o entidad logra el control de una sociedad cotizada cuando, directa o indirectamente, alcanza en la sociedad cotizada un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%; o cualquier participación inferior al 30% de los derechos de voto, pero designa en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de la adquisición un número de consejeros que, unidos a los que en su caso ya hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. En este caso, la Sociedad planea adquirir el 29,99% de las acciones con derecho a voto, con lo que no alcanza este umbral del 30%.

No obstante, si tomamos en consideración lo dispuesto acerca del cómputo total de los derechos de voto en el art. 5.1 a) RD 1066/2007, las participaciones que ostenta el consejero delegado de la Sociedad (D. Raúl) se contabilizan en el cómputo total de los porcentajes de derechos de voto del art. 4 de esta misma norma. En otras palabras, en el supuesto de adquirir el 29,9 % de las acciones de Biza, la Sociedad adquiriría el 35,9% de sus derechos de voto (sumando el 6% que posee D.Raúl, consejero delegado de la Sociedad). Por tanto, superaría el umbral del 30% y estaría obligada a lanzar una OPA.

Así, respecto de la preocupación del cliente sobre cualquier norma imperativa, procede a describirse el procedimiento que debería llevarse a cabo en el supuesto de lanzar una OPA obligatoria:

En primer lugar, la Sociedad debe hacer pública esta circunstancia y difundirla al mercado inmediatamente. La comunicación debe especificar si la persona o entidad tiene intención de solicitar una dispensa y, en el caso de que le sea denegada, el oferente debe hacer pública y difundir la decisión de formular la oferta.

En todos los casos, el anuncio debe realizarse al mercado en la misma forma que un hecho relevante en los términos establecidos en el art. 228 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por

el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, "LMV"). Es decir, debe enviarse a la CNMV simultáneamente a su difusión por cualquier otro medio y tan pronto como sea conocido el hecho o se haya adoptado la decisión; y el contenido de la comunicación debe ser veraz, claro y completo, de manera que no induzca a confusión o engaño, y debe ajustarse al modelo aprobado por la CNMV Circ 8/2008.²⁷

Por otro lado, según el art. 17 RD 1066/2007 sobre el plazo en que deberá presentarse la solicitud de autorización de la oferta, es necesario presentarla durante el mes siguiente a la fecha en que surja la obligación de formular la oferta. Además, al escrito de solicitud debe acompañarle la documentación acreditativa del acuerdo o decisión de promover la OPA adoptado por la persona u órgano competente; y el folleto explicativo de la oferta suscrito por la persona que figure como responsable en todas sus hojas.

Además, el art. 20 de esta norma establece que, en el plazo de siete días hábiles desde la presentación del escrito de solicitud debe aportarse los siguientes documentos adicionales:

- Documentación acreditativa de la constitución de la garantía de la contraprestación ofrecida.
- Solicitud de autorización o verificación administrativa o, en su caso, documentación acreditativa de dicha autorización o verificación, si la operación lo requiere.
- Documentación acreditativa del precio de la oferta e informes de valoración cuando corresponda.
- Certificados de legitimación acreditativos de la inmovilización de los valores de la sociedad afectada, en el caso de que proceda.
- Modelo de los anuncios a publicar y certificación acreditativa de las otras formas de publicidad o difusión de la oferta en su caso previstas.
- Como el oferente (la Sociedad) es una persona jurídica:
 - Certificación acreditativa de su constitución y de sus estatutos vigentes.
 - Estados financieros auditados y, en su caso, los de su grupo, correspondiente, al menos, al último ejercicio cerrado o aprobado.

Adicionalmente, en caso de que la Sociedad haya publicado estados financieros posteriores al cierre de las cuentas anuales indicadas anteriormente, se deberían aportar también dichos estados financieros, salvo que ya se encontraran depositados en los registros de la CNMV.

²⁷ Circular 8/2008, de 10 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores

Así las cosas, una vez presentada esta documentación, según el art. 21 RD 1066/2007, el acuerdo de autorización o denegación de la autorización debe ser adoptado por la CNMV en un plazo de veinte días hábiles a partir de la recepción de la solicitud correspondiente.

En el caso de que los documentos complementarios se reciban después de la solicitud, o cuando se requieran informaciones o documentos adicionales, el plazo señalado se computa desde la fecha en que se registren o aporten los documentos o informaciones adicionales.

Así, la CNMV notificará el acuerdo adoptado al oferente, a la sociedad afectada, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas y a la Sociedad de Bolsas, así como a cualesquiera otros organismos o autoridades cuya notificación pudiera considerarse necesaria y difundirá dicho acuerdo mediante la publicación en su página web.

Una vez adoptado el acuerdo de autorización por parte de la CNMV, el art. 22 de la misma norma determina que el oferente debe dar difusión pública y general de la oferta en el plazo máximo de cinco días hábiles desde que se le haya notificado la autorización por parte de la CNMV.

En este sentido, se da publicidad a la oferta mediante la publicación de un anuncio en el Boletín de Cotización de las Bolsas de Valores donde los valores afectados estén admitidos a negociación y de todas ellas si están integrados en el Sistema de Interconexión Bursátil Español; y como mínimo, en un periódico de difusión nacional.

El anuncio debe contener los datos esenciales de la oferta que consten en el folleto y se ha de ajustar al modelo registrado como documento complementario del folleto. La CNMV puede exigir la repetición o ampliación del anuncio a costa del oferente. Además, desde el día hábil bursátil siguiente al de la publicación del primero de los anuncios a los que se refiere el párrafo anterior, el oferente ha de poner a disposición de los interesados ejemplares del folleto explicativo de la oferta y de la documentación complementaria al mismo.

Se considera que se ha producido dicha puesta a disposición del público, cuando el folleto y la documentación complementaria se publican a través de cualquiera de los medios siguientes:

- En uno o más periódicos de difusión nacional.
- En un formato impreso que debe ponerse gratuitamente a disposición del público en las Bolsas de Valores o en los mercados en los que los valores estén admitidos a negociación o en los domicilios sociales del oferente, de la sociedad afectada o de la entidad que actúe como intermediaria y liquidadora de la oferta.
- En formato electrónico en la página web del oferente, de la sociedad afectada, de las Bolsas de Valores o mercados en los que estén admitidos a negociación los valores.

- En formato electrónico en la página web de la CNMV, en el caso de que ésta ofrezca este servicio para los folletos que apruebe.

En los casos en que el folleto se ponga a disposición mediante su publicación en formato electrónico, el oferente debe entregar gratuitamente una copia en papel al inversor que lo solicite.

En lo que al folleto se refiere, este debe presentarse de forma fácilmente analizable y comprensible, y con toda la información que sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. En esta línea, el folleto debe estar redactado en castellano y debe ser suscrito en todas sus hojas por persona con representación suficiente.

Además, según el art. 15 LMV, el folleto debe inscribirse en el registro oficial correspondiente.

Así, es la CNMV la responsable de la aprobación del folleto, en los términos y con el alcance previsto en el art. 20 del Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE.

Así, en cuanto al plazo para la aceptación de la oferta, el art. 23 RD 1066/2077 afirma que esta se debe fijar en el folleto por el oferente, no pudiendo ser inferior a quince días naturales ni superior a setenta, contados a partir del día hábil bursátil siguiente a la fecha de publicación del primer anuncio de la oferta por el oferente. Sin embargo, puede ser ampliado en algunos supuestos que regula este artículo

En este sentido, según el art. 24 RD 1066/2077, en el plazo máximo de diez días naturales a partir de la fecha de inicio del plazo de aceptación de la oferta, el órgano de administración de la sociedad afectada deberá redactar un informe detallado y motivado sobre la OPA. Este deberá contener:

- Observaciones a favor o en contra de la oferta.
- Si existe algún acuerdo entre la sociedad afectada y el oferente, sus administradores o socios, o entre cualquiera de estos y los miembros del órgano de administración de aquélla.
- Opinión de los miembros del órgano de administración de la sociedad afectada respecto de la oferta, y si tienen intención de aceptar o no la oferta respecto de los valores afectados de que sean titulares directos o indirectos. Si los miembros del órgano de administración mantienen posiciones distintas en relación con la oferta, deben incorporarse al informe las opiniones de aquéllos que se encuentren en minoría.
- Posibles repercusiones de la oferta y de los planes estratégicos del oferente que figuren en el folleto, sobre el conjunto de intereses de la sociedad, el empleo y la localización de sus centros de actividad.
- Conflictos de interés de los miembros del órgano de administración de la sociedad afectada.

- Los valores de la sociedad oferente poseídos, directa o indirectamente, por la sociedad afectada o por las personas con las que actúe concertadamente y los valores de la sociedad afectada poseídos o representados, directa o indirectamente, por los miembros del órgano de administración de la sociedad afectada, así como los que pudieran tener en la sociedad oferente.
- Cuando el órgano de administración de la sociedad afectada reciba dentro del plazo previsto para la publicación del informe un dictamen distinto de los representantes de los trabajadores en cuanto a las repercusiones sobre el empleo, éste se adjuntará al informe.

Así las cosas, el art. 25 RD 1066/2007 establece que, tan pronto como se haya hecho pública la OPA, los órganos de administración o dirección de la sociedad afectada y del oferente deben informar a los representantes de sus respectivos trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores.

Así mismo, una vez publicado el folleto de la oferta, tanto el oferente como la sociedad afectada lo deben remitir a los representantes de sus respectivos trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores. Éstos, además, deben poder obtener fácil y rápidamente el folleto explicativo de la oferta y su documentación complementaria.

Por último, en cuanto a la liquidación de la oferta, las sociedades rectoras o, en su caso, las entidades que actúen por cuenta del oferente deben comunicar a la CNMV, en el plazo de cinco días hábiles desde la finalización del plazo de aceptación, el número total de valores comprendidos en las declaraciones de aceptación presentadas.

La CNMV, una vez tiene conocimiento del número de valores, comunica, en el plazo de dos días hábiles, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores en que están admitidos a negociación los valores y, en su caso, a la Sociedad de Bolsas, al oferente y a la sociedad afectada el resultado positivo o negativo de la oferta.

Las Sociedades Rectoras publican dicho resultado en el boletín de cotización correspondiente a la sesión bursátil en la que reciben la comunicación.

Una vez publicado el resultado, en el caso de que la oferta hubiera alcanzado un resultado positivo, se procede a la liquidación de la oferta.

En cuanto al procedimiento de liquidación, en este caso el art.37 RD 1066/2007 establece que esta debe hacerse por el procedimiento establecido por Iberclear²⁸. Finalmente, la fecha de la operación bursátil, cuando la contraprestación consiste en dinero, es la de la sesión a la que se refiera el boletín de cotización en que se publica el resultado de la oferta.

²⁸ Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A.

2. Escenario de compra del 12% y pacto de voto con Dña. Natalia Antillano, titular del 28%

Para analizar lo que sucedería en este escenario, conviene tener en cuenta lo que dispone el art. 3.1 b) RD 1066/2007 sobre la OPA obligatoria cuando se alcanza el control: quedará obligado a formular una OPA quien consiga el control de una sociedad mediante pactos parasociales con otros titulares de valores, en los términos del artículo 5.1.b). Es decir, lanzar una OPA será obligatorio en caso de que el control de la sociedad cotizada (Biza) se adquiriera mediante la actuación concertada, a través de pactos parasociales, entre titulares de valores de la sociedad de que se trate. En otras palabras, debe analizarse si el pacto de voto con Natalia Antillano supone o no una actuación concertada.

En este sentido, se entiende que existe concierto cuando dos o más personas colaboran en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada.

Además, existe una presunción *iuris tantum* de que existe concierto cuando las personas hubieran alcanzado un pacto parasocial de los señalados en el art. 530 LSC (“*que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas*”), destinado a establecer una política común en lo que se refiere a la gestión de la sociedad o que tenga por objeto influir de manera relevante en la misma, así como cualquier otro que, con la misma finalidad, regule el derecho de voto en el consejo de administración o en la comisión ejecutiva o delegada de la sociedad.

De lo anterior se desprende que no todo pacto de los previstos en el art. 530 LSC tiene relevancia a efectos de determinar la existencia de la obligación de formular una OPA por concertación. En este campo solo son relevantes aquellos pactos parasociales destinados a establecer una política común de gestión de la sociedad o que tiene por objeto influir de manera relevante en esta.

Sin embargo, de estos artículos se deduce que existirá un concierto determinante de la obligación de formular OPA cuando dos o más accionistas que sean parte de un acuerdo como el indicado alcancen conjuntamente una participación igual o superior al 30 % de los derechos de voto. En este caso concreto, el pacto de voto entre la Sociedad y Natalia Antillano supone una participación del 40% de los derechos de voto de Biza, lo que supone una clara concertación y la consiguiente obligatoriedad de lanzar una OPA, debiendo cumplir con las obligaciones que se exponen en el apartado anterior.

3. Escenario de adquisición de la totalidad de las acciones con derecho de voto.

En este caso, según el Art. 8 RD 1066/2007, no sería necesaria la formulación de una oferta pública de adquisición en los siguientes supuestos: c) *Cuando todos los titulares de valores de la sociedad*

afectada acuerden por unanimidad la venta o permuta de todas o parte de las acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, derechos de voto en la sociedad o renuncien a la venta o permuta de sus valores en régimen de OPA. En estos casos, es preciso que los titulares de los valores acuerden, simultáneamente, la exclusión de negociación de los valores de los mercados secundarios oficiales en que estuvieran admitidos.

En otras palabras, un supuesto excluido de la obligación de formular una oferta pública es aquél en el que el control se haya alcanzado tras una oferta voluntaria por la totalidad de los valores de la sociedad afectada, si se da alguna de las siguientes circunstancias:

- Que la oferta haya sido formulada a un precio justo
- Que haya sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 50 % de los derechos de voto a los que se hubiera dirigido, excluyendo del cómputo los que ya obraran en poder del oferente (el 6% de D. Raúl) y los que correspondan a accionistas que hubieran alcanzado algún acuerdo con el oferente relativo a la oferta.

Es decir, la Sociedad podría lanzar una OPA voluntaria sobre Biza no necesariamente por un precio equitativo, si no “justo”, presumiéndose justo si lo acepta el mencionado porcentaje de los accionistas.

En cuanto a las características de las OPAS voluntarias, según el art. 13 del RD 1066/2007 se rigen por normas similares a las de las OPAs obligatorias, pero a diferencia de estas, la efectividad de las ofertas voluntarias puede sujetarse a condición. Se le permite sujetarse a la aprobación de modificaciones estatutarias o estructurales o a la adopción de otros acuerdos por la junta general de accionistas de la sociedad afectada. También puede ser condicionada a la aceptación de la oferta por un número mínimo de valores de la sociedad afectada, o a la aprobación de la oferta por la junta general de la sociedad oferente. La CNMV también puede dispensar otras condiciones que considere conforme a derecho.

Ahora bien, si decide optar por esta alternativa, para evitar que un tercero presente una OPA competitiva, sería recomendable adquirir compromisos de oferta firmes e irrevocables con otros accionistas de la Sociedad.

Por último, sería conveniente conocer si en los estatutos de Biza existe alguna cláusula de arrastre o “Drag Along” que obligaría a los socios minoritarios de Biza que preocupan a la Sociedad a vender al existir una oferta de compra por la totalidad de las acciones de Biza.

4. Posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia

Respecto de la preocupación de La Sociedad 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, se procede a exponer lo que debería tenerse en cuenta en este sentido.

Debe partirse de la base de que el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”) define “concentración económica” como un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas (entre otras). Por tanto, en el caso de una OPA (como las que lanzaría la Sociedad sobre Biza), al estar obligado el oferente a formular la oferta por la totalidad de los valores y dirigirla a todos sus titulares a un precio equitativo, dicho lanzamiento tiene normalmente el potencial de generar una concentración, ya que si la oferta es aceptada el oferente dispone del control exclusivo de la sociedad afectada.

Por su parte, el art. 8 de esta norma establece los requisitos para que el procedimiento de control se aplique a las concentraciones económicas. Estos son:

- *Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.*
- *Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.*

Teniendo en cuenta que Biza es una empresa que cotiza en el Ibex-35 y que la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de sus acciones, parece posible que esta concentración económica cumpla ambos requisitos.

En este sentido, el art. 9.2 LDC establece régimen de suspensión general de ejecución hasta la autorización por parte de la CNMC para las concentraciones económicas que superan los umbrales de notificación de cuota de mercado o volumen de negocios recogidos en el artículo anterior.

Ahora bien, como excepción a este régimen de suspensión general, en el caso de que la concentración económica se articule a través de una OPA, el artículo 9.3 LDC establece la posibilidad de que el comprador se beneficie de un régimen de suspensión limitada si notifica formalmente la operación ante

la CNMC dentro del periodo que va desde el anuncio de la OPA ²⁹ hasta cinco días después de la presentación del folleto de esta ante la CNMV.

En esta línea, según el apartado b) de este artículo 9.3, bajo este régimen de suspensión limitada se permite que el comprador, antes de recibir la autorización por parte de la CNMC, adquiera la titularidad de las acciones, si bien sin poder ejercer los derechos de voto inherentes a las mismas, aunque se le puede permitir ejercer tales derechos para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa de la CNMC.

Es decir, en este caso concreto, es muy recomendable para la Sociedad notificar formalmente la OPA sobre Biza antes de que transcurra este plazo de cinco días a fin de beneficiarse del régimen de suspensión limitada.

Por otro lado, en la normativa comunitaria existe una regulación parecida en caso de que la concentración económica generada por la operación entre la Sociedad y Biza sea de dimensión comunitaria o deba ser examinada por la Comisión Europea. Así, según el art.7 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, las OPAs que originen concentraciones de dimensión comunitaria pueden ser formuladas y aceptadas previa a su autorización por la Comisión Europea, siempre y cuando la concentración sea notificada sin demora a la Comisión Europea; y el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los títulos en cuestión o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión Europea.

En otro orden de las cosas, en caso de que la Sociedad y Biza operen en el mismo mercado, probablemente decidan celebrar otros de carácter accesorio que no formen parte integrante de la concentración pero que tengan por objeto limitar su libertad de actuación en el mercado. Estas restricciones accesorias deben ser necesarias para la realización de la concentración, por lo que sin aquéllas no podría llevarse a cabo la concentración o se haría de forma deficiente.

Por lo general, los acuerdos de este tipo que se consideran legítimos reúnen estos criterios:

- Proteger el valor transferido
- Preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica
- Permitir la puesta en marcha de la nueva entidad

²⁹ Art. 54.1 b) del Reglamento de Defensa de la Competencia: *se considerará que existe proyecto o acuerdo de concentración...b) Cuando se trate de una oferta pública de adquisición, siempre que exista acuerdo del Consejo de Administración de las oferentes y se haya anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta.*

Además, la necesidad de una restricción depende también de que su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación no excedan de lo que requiere razonablemente la realización de la concentración. Cuando existen alternativas de eficacia idéntica para lograr el objetivo legítimo perseguido, las empresas deben escoger la que, desde un punto de vista objetivo, restringe menos la competencia. Para que se considere que una restricción está directamente vinculada a la realización de la concentración debe estar estrechamente relacionada con aquélla, no bastando con que el acuerdo en cuestión se haya concluido en el mismo contexto o al mismo tiempo que la concentración a la que acompaña. Las restricciones directamente vinculadas a la concentración deben estar relacionadas, desde el punto de vista económico, con la operación principal y su objeto debe ser el de permitir una transición suave hacia la nueva estructura de la empresa una vez realizada la concentración.

En conclusión, el lanzamiento de una OPA tiene por objetivo o como consecuencia provocar un cambio en el control en la empresa objeto de la OPA de conformidad con lo dispuesto en la normativa de competencia aplicable, lo que originará previsiblemente una concentración que, siempre que se superen los umbrales pertinentes, requerirá la notificación previa a las autoridades competentes en materia de competencia. Además, en el caso de las OPAS obligatorias, el oferente está obligado a formular la oferta por la totalidad de los valores y dirigirla a todos sus titulares a un precio equitativo, así que dicho lanzamiento tiene normalmente el potencial de generar una concentración, pues -de ser aceptada la oferta- el oferente dispone del control exclusivo de la sociedad afectada. En definitiva, muy probablemente la adquisición de Biza deba ser supervisada por la normativa de defensa de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

- Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- 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
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
- Circular 8/2008, de 10 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores

Jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 138/2009, de 6 de marzo
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 531/2013 de 19 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 432/1990, de 24 de enero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria núm. 4522/1992, de 20 de abril
- Sentencia del Tribunal Supremo 31 de enero de 1991
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 138/2009, de 6 de marzo
- Sentencia del Tribunal Supremo 653/2008, 2 de Julio de 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo 317/2015, 2 de Junio de 2015
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 13 de Madrid, de 23 de marzo de 2021
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 406/2015 de 15 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 531/2013 de 19 de septiembre.
- Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 91/2004, 3 de marzo
- Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V0992-16 de 14 de marzo de 2016
- Resolución de 10 de junio de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, contra la negativa del Registrador mercantil número IX de Madrid a inscribir una escritura de ampliación de capital de una sociedad anónima.
- Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.
- Circular 8/2008, de 10 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores
- Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) resolución de 28 de marzo de 2022

Obras

- Alfaro Águila-Real, J. El interés social y los deberes de lealtad de los administradores. AFDUAM 20, 2016.
- Benavides Velasco, P. El derecho de información de los socios en las sociedades de capital, Revista de Derecho Mercantil, 2016, págs 207-214.
- Díez-Ochoa Azagra, José M^a. Derecho tributario y procedimientos de desarrollo. Centro de Estudios Financieros (CEF), 2023, parte 1 capítulo 9.

- Rojo Fernández-Río, A., La impugnación de acuerdos. Artículo 204, en Comentario de la 31 Ley de Sociedades de Capital, Rojo, A. y Beltrán, E. (dir.), Civitas, 2011, vol. I, pág. 1438.
- Thomàs Puig, P. Marca de renombre y denominación social. LA LEY mercantil, 2019, pág 1232-1233.

Manuales

- De la Calle Peral, José Antonio. Memento Sociedades Mercantiles 2024. Madrid. Francis Lefebvre.

Recursos web:

- Alfaro, Jesús. (3 de enero de 2016). “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”. Dialnet. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5739362>
- Alfaro, Jesús. (4 de junio de 2021). “El complemento de convocatoria de la junta (art. 172 LSC)”. Almacén de Derecho. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-complemento-de-convocatoria-de-la-junta-art-172-lsc>
- Brugger, Arturo. (junio de 2023). La impugnación de acuerdos negativos es una realidad totalmente reconocida y aceptada. Economic & Jurist. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-impugnacion-de-acuerdos-negativos-es-una-realidad-totalmente-reconocida-y-aceptada/>
- El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros en sociedades de responsabilidad limitada. (marzo de 2023). Deloitte Abogados. Recuperado de <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/sistema-representacion-proporcional-nombramiento-consejeros-sociedades-responsabilidad-limitada.html>
- Firma (signing) y cierre (closing) en los contratos de compraventa de empresas (SPA). (febrero de 2022). AGM Abogados. <https://www.agmabogados.com/firma-signing-y-cierre-closing-en-los-contratos-de-compraventa-de-empresas-spa/>
- García Calbó, Gustavo. (marzo de 2022). Mecanismos para la determinación del precio en operaciones de M&A. AGM Abogados. Recuperado de <https://www.agmabogados.com/mecanismos-determinacion-precio-operaciones-m-a/>
- González de Zárate, Pablo. (abril de 2021). Régimen de control de concentraciones ante la CNMC en supuestos de OPAs. Ramon y Cajal Abogados. Recuperado de <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/regimen-de-control-de-concentraciones-ante-la-cnmc-en-supuestos-de-opas>
- Juste Mencía, Javier. (junio de 2009). Estrategias operativas para las fusiones simplificadas (arts. 49 y 53 LME). Gómez-Acebo & Pombo. Recuperado de

https://www.gap.com/wpcontent/uploads/2018/03/estrategias_operativas_para_las_fusiones_si_mplificadas_art.pdf

- López Tello, Jesús. (junio de 2010). El régimen de algunas de las novedades introducidas por la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo. Uría Menéndez. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2508/documento/articuloUM.pdf?id=3063>
- Márquez Arcos, Miguel Ángel. (agosto de 2013). El complemento de convocatoria en la Junta General de las Sociedades Limitadas a la luz de la propuesta del Código Mercantil. Lawyerpress Emprende. Recuperado de https://www.lawyerpress.com/news/2013_08/2608_13_008.html
- Menchaca Vite, Julio. (septiembre de 2022). Representations and Warranties (R&W) e Indemnities en las operaciones de M&A. Legal Today. Recuperado de <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/representations-and-warranties-rw-e-indemnities-en-las-operaciones-de-ma-2022-09-23/>
- Miguel Goenechea, Juan et. al. (septiembre de 2007). Guía sobre el nuevo régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores. Uría Menéndez. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2700/documento/GuiaUM.pdf?id=2927>
- Paz-Ares, Cándido. (2015). Anatomía del deber de lealtad. Uría Menéndez. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>
- Plana Paluzie, Álex. (abril de 2018). Compraventas de empresas mediante completion accounts. LYJ. Recuperado de <https://www.leyesyjurisprudencia.com/2018/04/compraventa-de-empresa-mediante.html#:~:text=Mediante%20el%20Completion%20Accounts%20el,c%3%A1%20acordado%20entre%20las%20partes.>
- Prescripción Tributaria. Expansión. <https://www.expansion.com/diccionario-juridico/prescripcion-tributaria.html>
- Romera, David. (abril de 2022). Mecanismos de Cierre de operaciones corporativas: Locked Box va. Completion Accounts. BDO. Recuperado de <https://www.bdo.es/es-es/blogs/coordenadas-bdo/abril-2022/mecanismos-de-cierre-de-operaciones-corporativas>
- Sede electrónica de la Agencia Tributaria: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/declaraciones-informativas-otros-impuestos-tasas/impuesto-sobre-actividades-economicas.html>
- Válles Méndez, Laura. (mayo de 2020). Derecho tributario en estado de alarma: efectos en el desarrollo y duración de los procedimientos tributarios y en los plazos de prescripción regulados en la Ley General Tributaria. Lefebvre. Recuperado de <https://elderecho.com/derecho-tributario-en-estado-de-alarma-efectos-en-el-desarrollo-y-duracion-de-los-procedimientos-tributarios-y-en-los-plazos-de-prescripcion-regulados-en-la-ley-general-tributaria>