



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

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

Especialidad en Derecho de la Empresa

Autor: Arturo Guillén Ginés

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Tutor: Luis Alfonso Fernández Manzano

Madrid
Enero, 2023

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS.....	4
II. OBJETO DEL DICTAMEN.....	5
III. ANTECEDENTES DE HECHO.....	6
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	8
1. INTRODUCCIÓN.....	8
2. CUESTIONES PLANTEADAS	8
2.1. Valoración de la opción de regularizar el pago de impuestos con la AEAT o ignorar el asunto con sus posibles consecuencias legales y económicas.....	8
2.2 La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), concediéndose el registro y publicándose en el BOIP ese año. Sin embargo, Dña. Rosario ha interpuesto acción ante los tribunales alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes tres motivos que se analizarán en este apartado:.....	13
2.3 Implicaciones del despido de D. Patricio Quevedo. Posibilidad de que se aplique el ET o deber de la Sociedad de respetar lo pactado en el contrato conforme a la indemnización por despido.	19
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	22
1. INTRODUCCIÓN.....	22
2. CUESTIONES PLANTEADAS	23
2.1. Teniendo en cuenta su estructura financiera, la Sociedad desea saber cuáles son los pasos a seguir para repartir la mayor cantidad de dividendos posibles cumpliendo con los requisitos legales.....	23
2.2 La Sociedad quiere saber si Don Omar puede: (i) incluir en el orden del día el nombramiento de un nuevo miembro del consejo de administración por tener participación suficiente para exigir el nombramiento al haber cinco administradores en la Sociedad; (ii) la posibilidad de que Don Omar impugne un acuerdo negativo de la junta (iii) la repercusión de las acciones de responsabilidad contra el consejo de administración por los daños causados por la infracción del deber de lealtad.....	25
2.3 La Sociedad nos pregunta si podría denegarle la información solicitada a Don Omar. En caso negativo, desea saber cuáles serían los plazos y la forma para aportar tal información.....	28
VI. SECCIÓN TERCERA.....	30
1. INTRODUCCIÓN.....	30
2. CUESTIONES PLANTEADAS	31
2.1.1. Distintas alternativas para que Summer SB deje de estar controlada al 100% por Summer S y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad.	31

2.1.2 Pasos a seguir para liquidar Summer Sound S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes..... 41

2.2 La Sociedad pretende adquirir acciones de BZRP, sociedad que cotiza en el Ibex-35. Para ello, sigue las indicaciones de D. Raúl, consejero delegado de la Sociedad el cual ostenta un 6% del CS de Biza como inversión personal. La Sociedad está preocupada por la aplicación de alguna norma imperativa en relación con la adquisición y para ello desea conocer nuestra opinión en los distintos escenarios que plantea: 45

VII. BIBLIOGRAFÍA 53

1. LEGISLACIÓN53

2. JURISPRUDENCIA.....54

3. OBRAS Y REVISTAS DOCTRINALES55

4. RESOLUCIONES56

5. RECURSOS DE INTERNET56

I. ABREVIATURAS

IS	Impuesto sobre sociedades.
A	Activo.
P	Pasivo.
PN	Patrimonio Neto.
CS	Capital social.
RL	Reserva legal.
RV	Reserva Voluntaria.
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
BOIP	Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
LSC	Ley de Sociedades de Capital.
LDC	Ley de Defensa de la Competencia.
LMV	Ley del Mercado de Valores.
RM	Registro Mercantil.
CP	Código Penal.
LM	Ley de Marcas.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
SL	Sociedad Limitada.
SA	Sociedad Anónima.
OPA	Oferta Pública de Adquisición.
OPAs	Ofertas Públicas de Adquisiciones.
RD	Real Decreto.
RD-L	Real Decreto-Ley.
RDL	Real Decreto Legislativo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
BZRP	BZRP HITS S.A.

II. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen consiste en asesorar legalmente a la entidad LATINO GANG INC. (la “**Matriz**”) y responder a sus cuestiones, llevando a cabo a cabo un análisis pormenorizado de la situación en la que se encuentra la sociedad PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (la “**Sociedad**” o la “**Target**”) de la que el Grupo plantea adquirir un 51% de participación de su CS.

En función de las preferencias de la Matriz y del escenario actual en el momento de la operación, nuestro asesoramiento se va a estructurar de la siguiente manera:

- En líneas generales, tras un pormenorizado análisis de la operación, se elaborará un dictamen jurídico para informar acerca de los aspectos más importantes a tener en consideración antes de confirmar la adquisición.
- A continuación, se asesorará a la Matriz respecto de las tres contingencias más importantes de la adquisición de la Sociedad. Estas contingencias han sido mencionadas en el informe de Due Diligence que previamente elaboraron los abogados del grupo.
- Asimismo, se dará respuesta a las cuestiones planteadas por la Matriz con respecto a la situación económica de la Sociedad y el pago de los dividendos, así como de las situaciones de conflicto que han tenido lugar con Don Omar, uno de los socios minoritarios de la Sociedad.
- De igual forma, se asesorará a la Matriz para que pueda reestructurar el grupo de sociedades íntegramente participadas por la Sociedad y se le planteará también a la Sociedad los distintos escenarios para que su subfilial pueda pasar a ser filial y pase a estar íntegramente participada por la ella. También, se detallarán los pasos para liquidar y extinguir la que era filial de la Sociedad debido a sus pérdidas.
- Tras ello, se asesorará a la Sociedad sobre las situaciones que plantea con respecto a la adquisición de acciones de sociedades cotizadas, informándole de si será necesario realizar una OPA en función de cada situación concreta.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

La entidad LATINO GANG INC., cuya sede se encuentra en Miami, es la Matriz de un grupo internacional de sociedades dedicado a la industria musical, concretamente a la discográfica de reguetón y a la representación de artistas de habla hispana (el “**Grupo**”). El Grupo todavía no opera en España y ve este mercado como un gran atractivo estratégico, siendo una de sus prioridades de expansión. El Grupo plantea la adquisición del 51% de las participaciones que componen el CS de la sociedad española PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.

Los abogados del Grupo han llevado a cabo un proceso de revisión exhaustivo mediante la elaboración de un informe due diligence para valorar posibles contingencias en relación con la adquisición de la Sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior, la Matriz ha solicitado nuestro asesoramiento legal con respecto a tres importantes contingencias detectadas en su informe cuya valoración se realizará en la sección primera del presente dictamen jurídico. Asimismo, la sociedad nos ha solicitado ayuda para resolver cuestiones económicas y valorar si sería posible proceder a la distribución de dividendos de la Sociedad a pesar de su situación económica.

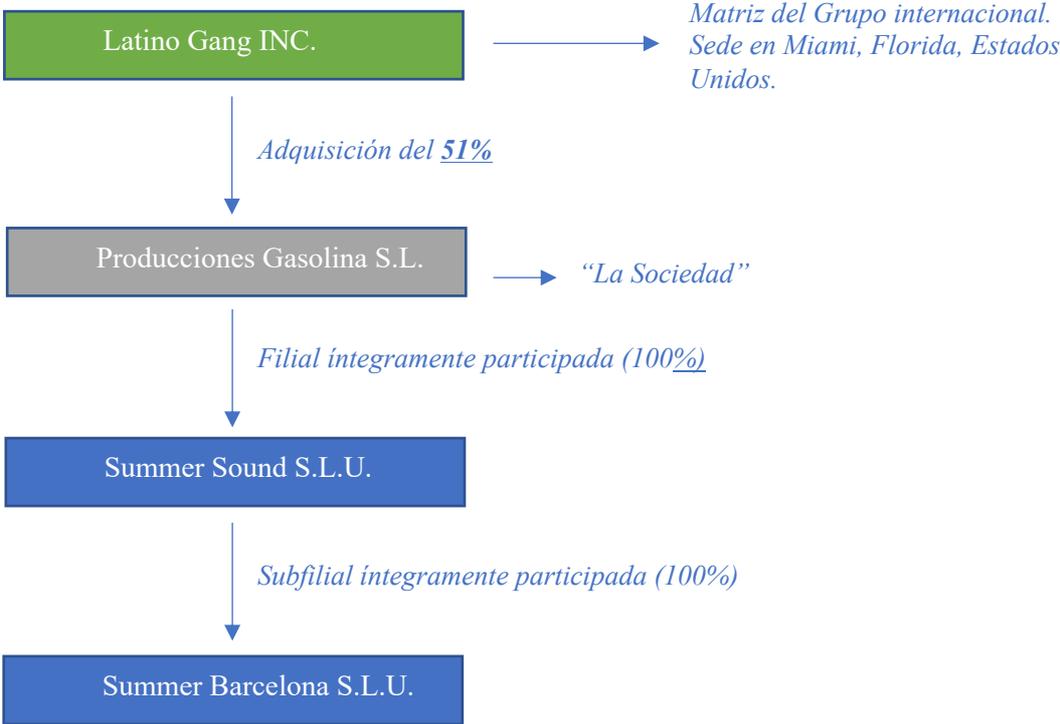
De igual forma, la Sociedad solicita asesoramiento con respecto al conflicto surgido con unos de los socios minoritarios, Don Omar. Concretamente, plantea dudas con respecto a la inclusión, por parte de Don Omar, de un nuevo punto del orden del día en la junta general de socios; también con respecto a la proposición de nombramiento de un nuevo miembro del consejo de la Sociedad y también sobre la posible impugnación de acuerdos de la junta de socios. Asimismo, la Sociedad desea saber si podría denegar la información que ha solicitado Don Omar al consejo de administración de la Sociedad por la mala relación que este tiene con la Sociedad. En caso contrario, desea conocer los plazos y forma para aportar tal información.

Por último, tras la efectiva adquisición de la Sociedad, se proyectan diversas cuestiones que se resolverán en la sección tercera del presente dictamen jurídico. Una de ellas, respecto a cómo pueden liquidar una filial que tiene pérdidas y está íntegramente participada por la Sociedad, para que la subfilial (que está íntegramente participada por la filial) quede controlada únicamente por la Sociedad. Esto es, exponer distintas alternativas para que las

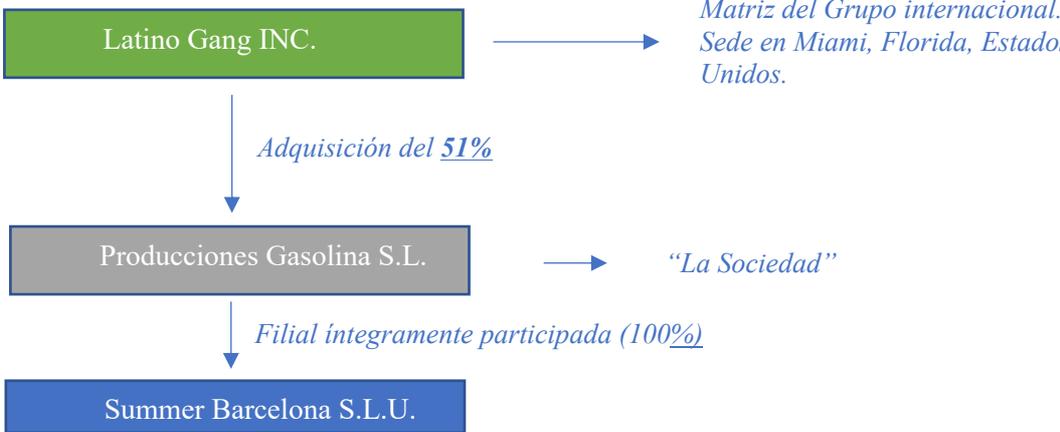
participaciones de la subfilial pasen a ser propiedad de la Sociedad. Además, también solicitan asesoramiento jurídico con respecto a una posible adquisición de acciones de sociedades que cotizan en bolsa, planteando distintos escenarios en función del porcentaje de adquisición y en cuyo análisis habrá que valorar si es necesario recurrir a una OPA y de qué tipo.

A modo de aclaración, esta sería la estructura de la operación de adquisición que plantea la Matriz con respecto a la Target y sus sociedades íntegramente participadas:

Estructura de la adquisición de la Sociedad:



Estructura del grupo tras la liquidación y extinción de Summer Sound S.L.U.:



IV. SECCIÓN PRIMERA

1. INTRODUCCIÓN

La sección primera del presente dictamen tiene por objetivo el análisis pormenorizado de las tres contingencias detectadas en el informe de due diligence de los abogados de la Matriz y sus posibles consecuencias jurídicas si no se tienen en consideración en la operación de adquisición de la Sociedad.

En este sentido, la primera contingencia se produce porque la Sociedad no ha regularizado el pago del IS de ingresos procedentes de la plataforma Tiktok. A continuación, se detallarán las consecuencias de esta situación y también se analizará si es más conveniente para la Sociedad regularizar la liquidación del impuesto o correr el riesgo de esperar a su prescripción, con la posibilidad de que la Agencia Estatal de Administración Tributaria (la “AEAT”) le exija la liquidación del impuesto y le imponga la correspondiente sanción más los recargos e intereses de demora.

De igual forma, a continuación resolveremos las dudas planteadas conforme a la segunda contingencia para valorar si la acción interpuesta en los tribunales en contra de la Sociedad, alegando que el uso de la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual, puede tener implicaciones legales. Asimismo, se dará respuesta a las preguntas planteadas por la Matriz.

A su vez, se analizará la situación del despido de D. Patricio Quevedo, director general de la sociedad en las Islas Canarias, y se indicarán las implicaciones de ese despido, informando a la Sociedad si se puede llevar a cabo conforme a lo establecido en el ET o si hay que respetar la indemnización pactada en el contrato.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

2.1. Valoración de la opción de regularizar el pago de impuestos con la AEAT o ignorar el asunto con sus posibles consecuencias legales y económicas.

En este punto, es importante prestar atención a los dos escenarios que se plantean. Por un lado, la idoneidad de la regularización del pago del impuesto procedente de los ingresos obtenidos de conciertos virtuales a través de la plataforma Tiktok y, por otro, las posibles

consecuencias de ignorar el asunto, no regularizar el pago del impuesto y que sea la AEAT la que requiera que la Sociedad liquide el impuesto, con la correspondiente sanción más recargos e intereses por regularizarlo fuera de plazo.

La sociedad lleva varios meses sin declarar los impuestos de los ingresos obtenidos. De conformidad con el artículo 191 LGT, *“Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del artículo 161, ambos de esta ley”*

Dichos ingresos se gravan con el IS, cuyo tipo impositivo es el 25%. Por ello, la Sociedad tendrá que pagar el 25% de esos ingresos para regularizar la deuda tributaria con la AEAT. Sin embargo, no sería suficiente con el pago de dicha cantidad debido a que, según el artículo 27.1 LGT, *“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”*.

Continua el artículo explicando el concepto de requerimiento previo, al que se refiere como *“cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria”*.

El recargo establecido en el artículo 27.2 LGT es igual al 1% más otro 1% adicional por cada mes completo de retraso. Es decir, en el momento en el que se presenta la autoliquidación, y desde el término del plazo establecido para la presentación e ingreso, cada mes de retraso sumará un 1% de recargo adicional.

El cálculo del recargo se hará sobre el importe a ingresar, correspondiente a las autoliquidaciones, o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas. Además de ello, se excluirán sanciones en las que el contribuyente haya podido incurrir, así como los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

En el presente caso, si la Sociedad decide regularizar el pago del impuesto y presentar la autoliquidación, habrán transcurrido más de 12 meses. Por ello, de conformidad con la LGT, el recargo que se aplicará será del 15%, excluyendo también sanciones que se hayan podido exigir.

También, se exigirán a la Sociedad los intereses de demora por el período transcurrido desde el día siguiente al término del año posterior a la finalización del plazo para la presentación y hasta que la autoliquidación se haya presentado. En aquellas liquidaciones derivadas de declaraciones extemporáneas, sin requerimiento previo, no se exigirán dichos intereses de demora, sin perjuicio de los recargos e intereses que corresponda exigir por la presentación fuera de plazo. Sin embargo, en el presente caso, la Sociedad lleva más de dos años sin regularizar el pago del impuesto. Por ello, asumimos que la AEAT habrá efectuado requerimiento previo a la Sociedad. Por tanto, se aplicarán los intereses de demora correspondientes para el cálculo de la cantidad exacta de la regularización del impuesto.

Al hilo de lo explicado previamente, es importante analizar el horizonte temporal que lleva la sociedad sin regularizar el impuesto. En concreto, el tiempo comenzaría a contar desde el 25 de julio de 2021 (momento en el que finaliza el plazo de presentación) hasta el momento actual. El 25 de julio de 2022 ya han transcurrido 12 meses y la Sociedad tendrá que pagar el recargo del 15%. Además, asumiendo que la AEAT le ha efectuado requerimiento previo, tendrá que pagar los intereses de demora a partir de esa fecha. Desde el 25 de julio de 2022 al 25 de julio de 2023, ha transcurrido otro año y desde el 25 de julio de 2023 al 25 de enero de 2024, han pasado 184 días. En conclusión, la Sociedad lleva dos años y medio de retraso en la regularización del IS correspondiente al año 2020.

El cálculo de los intereses de demora se aplicará desde el 25 de julio de 2022 hasta el 26 de enero de 2024, debido a que estos intereses se exigen transcurridos los doce meses posteriores a la finalización del plazo para presentar la declaración del impuesto. Para el año 2022, el interés de demora es del 3,75% y para el año 2023, el interés es del 4,06%¹.

La fórmula del cálculo para los intereses de demora del año 2022, desde el 25 de julio hasta el 31 de diciembre de 2022, sería la siguiente: $250.000€ \times (159/365) \times 0,0375 = \underline{4.083,90€}$.

¹ Tabla de intereses de demora del Banco de España.

Para calcular los intereses del año 2023, cuyo interés de demora fue del 4.06%, la fórmula sería la siguiente: $250.000\text{€} \times (365/365) \times 0,0406 = \underline{10.150\text{€}}$

Como todavía no sabemos el interés de demora del año 2024, para los 26 días de enero que transcurren hasta su regularización, aplicamos el interés del año 2023, el 4.06%. Así, la fórmula sería la siguiente: $250.000\text{€} \times (26/365) \times 0,0406 = \underline{723,01\text{€}}$

En total, los intereses de demora serían 14.956,91€

Si la Sociedad decide regularizar el pago del impuesto a día 26 de enero de 2024, tendrá que pagar 250.000€ por el tipo impositivo del IS, más 37.500€ por el recargo del 15% más 14.956,91€ por los intereses de demora hasta la regularización el 26 de enero de 2024. En total, la Sociedad pagará 302.456,91€.

Es importante también mencionar que el artículo 191.1 de la LGT establece como infracción el hecho de no ingresar, dentro de plazo, la totalidad de la deuda tributaria que corresponda de la autoliquidación, salvo que se haya regularizado conforme al artículo 27 de la misma ley o se pueda aplicar el párrafo b del artículo 161.1 de la misma ley. De conformidad con lo anterior, la infracción tributaria podría ser considerada como grave, al ser la base de la sanción superior a 3.000€ y la sanción pecuniaria que llevaría aparejada consistiría en una multa pecuniaria proporcional del 50% al 100% que se graduará incrementando el porcentaje mínimo conforme a los criterios de comisión de infracciones tributarias, conforme al artículo 187 LGT.

No obstante lo anterior, el mayor riesgo para la Sociedad, por la no regularización del impuesto, es la posible comisión de un delito penal, de conformidad con el artículo 305 CP. El punto cuarto de este artículo prevé que si la situación tributaria se ha regularizado por el obligado tributario y ha reconocido y pagado la deuda tributaria, esta se considerará regularizada. Sin embargo, el artículo establece un requisito fundamental para ello, y es que se haya regularizado antes de que la AEAT haya notificado el inicio de actuaciones o de la investigación hacia el obligado tributario para el pago de la deuda. O antes de haberlo iniciado el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración Autonómica, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez haya interpuesto denuncia o querrela

contra el obligado tributario o antes de que el juez de instrucción haya iniciado diligencias. Es decir, este apartado prevé que, tras la regularización del impuesto por parte del deudor, asumiendo la deuda tributaria y los recargos e intereses correspondientes, quedará exento de responsabilidad penal al interpretar el legislador que esta conducta del deudor corresponde a la del que hubiera satisfecho la deuda tributaria dentro del plazo. De esta forma, el obligado tributario evitará que se le persiga por posibles irregularidades respecto de su deuda y quede exento de responsabilidad penal por el delito fiscal.

Si por el contrario la Sociedad decidiera no regularizar el impuesto, estaría cometiendo un delito contra la hacienda pública regulado en el artículo 305 CP. El artículo describe el tipo penal para nuestro caso concreto, como la acción u omisión de aquel que defraude a la Hacienda Pública, eludiendo el pago de tributos cuya cuantía total de cuota defraudada exceda de ciento veinte mil euros. Se castiga con pena de prisión de uno a cinco años y multa del séxtuplo de la cuantía, salvo que se hubiera regularizado la situación tributaria cumpliendo el apartado cuarto del mismo artículo.

En el presente caso, la Sociedad habría defraudado una cantidad aproximada a los 250.000€ (sin tener en cuenta los intereses y recargos aplicados). Por ello, le podrían imponer una multa pecuniaria del séxtuplo de la cuantía defraudada, es decir, $250.000€ \times 6 = 1.500.000€$, que sumado al dinero que tendrá que regularizar la Sociedad posteriormente (los 302.456,91€), suma un total de 1.802.456,91€.

Una vez explicado el delito fiscal en el que podría incurrir la sociedad, es importante atender a lo dispuesto en el artículo 31 bis del CP, el cual regula que las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando los delitos se hayan cometido en su nombre o por cuenta de la sociedad y en su beneficio, por su representante legal o administradores autorizados para la toma de decisiones en nombre de la persona jurídica. De igual forma, será penalmente responsable la persona jurídica cuando aquellos que están bajo la autoridad de los representantes legales o administradores de la sociedad, han podido realizar los hechos por incumplir gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de la sociedad. En este caso no se indica que la sociedad haya llevado a cabo modelos de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia para prevenir la comisión de delitos. Por ello, se consideraría a la persona jurídica culpable del delito fiscal y, por tanto, se consideraría también culpables a los administradores de la sociedad.

En conclusión, si la Sociedad decide regularizar el impuesto, deberá pagar a la AEAT la cantidad de 302.456,91€, de conformidad con el cálculo realizado previamente. Por el contrario, si la Sociedad no regulariza el impuesto, además de la posible sanción económica por infracción tributaria, la Sociedad y sus administradores podrían ser acusados de un delito contra la Hacienda pública, cuya pena de prisión va de uno a cinco años. Además, la infracción pecuniaria podría ascender al séxtuplo de la cuantía defraudada, en torno al 1.500.000€. Por tanto, se recomienda encarecidamente a la Sociedad que regularice el pago del impuesto tan pronto como sea posible.

2.2 La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), concediéndose el registro y publicándose en el BOIP ese año. Sin embargo, Dña. Rosario ha interpuesto acción ante los tribunales alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes tres motivos que se analizarán en este apartado:

(i) El derecho de Dña. Rosario 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.

Para analizar este aspecto, en primer lugar, debemos atender a lo dispuesto en el artículo 8 LM, donde se explica esta situación. En concreto, este artículo regula que *“No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o similar a una marca anterior, con independencia de que los productos o servicios para los cuales se haga la solicitud sean idénticos o sean o no similares a aquellos para los que se haya registrado la marca anterior, cuando la marca anterior goce de renombre en España o, si se trata de una marca de la Unión, en la Unión Europea, y con el uso de la marca posterior, realizado sin justa causa, se pudiera obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior, o dicho uso pudiera ser perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre”*.

Tras un primer vistazo al artículo anterior, surgen dudas con respecto a la cuestión planteada. La reclamación de Dña. Rosario viene motivada porque, a pesar de no haber reconocido su marca, considera que goza de suficiente renombre en España y que tiene un carácter notorio porque la conoce el 40% de los consumidores del mercado.

Es importante también atender a lo dispuesto en el artículo 6 LM el cual regula que no podrán registrarse como marcas los signos que sean idénticos o semejantes a una marca anterior que provoquen un riesgo de confusión en el público por la asociación con la marca

anterior. Siguiendo con la redacción del artículo, se entiende por marca anterior *“Las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean “notoriamente conocidas” en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París”*. Esto es clave porque determina que una marca anterior considerada notoriamente conocida, a pesar de no estar registrada, tiene un supuesto derecho inherente de protección por el cual no se podrá registrar una marca nueva que cree confusión con la marca anterior.

El artículo 6 bis del Convenio de París regula que los países de la Unión, en función de su regulación, deberán invalidar el registro y prohibir una marca de fábrica o comercio que reproduzca o imite productos de otra marca, siendo susceptibles de crear confusión, siempre que el país estime que la nueva marca crea confusión con la antigua al ser esta última notoriamente conocida en el país. De esta forma, la persona que quiera registrar la nueva marca no podrá hacerlo y no podrá aprovecharse de la notoriedad de esa marca anterior.

Una vez hemos visto la protección que el Convenio de París otorga a una marca anterior notoriamente conocida en su país, es necesario concretar el significado de notoriedad de acuerdo con la jurisprudencia nuestros tribunales.

El TS afirma en su sentencia núm. 6110/2012, de 23 de junio de 2012 que *“no necesariamente, en todo caso, debe exigirse a la marca, para que goce de la consideración de notoriamente conocida, que, además de serlo para una parte relevante del público interesado, los servicios o productos a los que se aplica sean de gran calidad o, debido a la fuerte inversión en publicidad, la marca transmita una imagen positiva (...)”*.

De igual forma, afirma el TS que *“el requisito determinante de la notoriedad de la marca es su difusión entre el público interesado por los productos y servicios amparados por dicha marca y por los sectores interesados”*.

Con respecto a los requisitos cuantitativos para que la marca pueda calificarse de notoria, el TJUE ha determinado en la Sentencia del TUE, de 3 de septiembre de 2015, asunto C125/14 que *“debe considerarse alcanzado cuando una parte significativa del público interesado por los productos o servicios amparados por la marca comunitaria la conoce”*.

Con respecto al concepto de la parte significativa de público interesado, el TJUE ha señalado en su sentencia de 3 de septiembre de 2015, asunto C125/14, que *“el juez nacional ha tomado en consideración todos los elementos pertinentes del asunto concreto y, en particular, 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”*. Esto es así porque, realmente, es complicado exigir al titular de una marca anterior que aporte prueba de ese renombre de la marca en el territorio de su país en el que un tercero quiere registrar la nueva marca.

En conclusión, tras esta exposición de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, tanto de jurisprudencia española como de jurisprudencia europea, se ha constatado que los tribunales no tienen tan en cuenta el elemento cualitativo de una marca cuando enjuician su notoriedad como el elemento cuantitativo y, por ello, cada vez son más los pronunciamientos jurisprudenciales que califican las marcas como notorias. Asimismo, atendiendo a lo descrito en el caso concreto, es muy probable que los tribunales concedan la razón a Dña. Rosario respecto de la notoriedad de su marca en España. Por ello, es probable que los tribunales encargados de analizar la acción interpuesta por Dña. Rosario decidan que el registro de la marca MOTOPAPI ha vulnerado un derecho de propiedad intelectual de su titular a pesar de que no haya registrado su marca en la OEMP.

(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).

Cuando hacemos referencia a la similitud fonética, nos referimos a la confusión que puede producirse entre dos palabras o frases idénticas que incluso pueden llegar a producir un nexo ideológico en la mente del consumidor, confundiendo las dos marcas en cuestión. La confusión en el aspecto visual queda grabada en la mente del consumidor cuando ve el signo distintivo de una marca similar al de otra. Cuando hablamos de estos riesgos, obviamente se incluyen los riesgos de asociación del signo y la marca que pueden confundir la mente del consumidor.

Es importante atender a lo dispuesto en el artículo 8.1 b) del Reglamento (CE), 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria, el cual determina que mediante oposición del titular de una marca anterior, se denegará el registro de una nueva marca *“cuando, por ser idéntica o similar a la marca anterior y por ser idénticos o similares*

los productos o servicios que ambas marcas designan, exista riesgo de confusión por parte del público en el territorio en que esté protegida la marca anterior; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior”.

De acuerdo con la sentencia de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (asunto C-328/18), *“únicamente después de haber determinado objetivamente tal grado de similitud, procederá examinar, en la fase de la apreciación global del riesgo de confusión, las condiciones en que se comercializan los referidos productos y evaluar la importancia que debe atribuirse, en función de tales condiciones, a cada uno de los grados de similitud en los planos visual, fonético y conceptual”.*

Con respecto a la similitud gráfica, fonética o conceptual de varios signos en conflicto, la sentencia del TJUE, de 11 de noviembre de 1997, asunto Sabel BV contra PUMA AG, C-251/95, determina que *“la apreciación global del riesgo de confusión debe basarse en la impresión de conjunto producida por estos. La percepción de los signos que tiene el consumidor medio de los productos o servicios de que se trate reviste una importancia determinante en la apreciación global de dicho riesgo de confusión. A este respecto, el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar”.*

En conclusión, conforme a la jurisprudencia europea previamente expuesta y conforme a lo indicado en el presente caso, si apenas cambian dos letras de un signo distintivo a otro, es muy probable que los signos en conflicto presenten en el plano visual y fonético un grado medio de similitud que haga apreciar un riesgo de confusión entre ambos.

(iii) Dña. Rosario ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España).

Dña. Rosario, en una de sus reclamaciones, alega que ha invertido grandes sumas de dinero en la publicidad de su marca, esto es, más de 10 millones de euros. Al ser una de las alegaciones por las que interpone la acción en los tribunales frente a la Sociedad, es necesario determinar cómo y en qué manera dicha inversión publicitaria puede afectar a la notoriedad de una marca. A continuación, se analizan varios pronunciamientos de tribunales europeos y españoles para analizar la posible relación entre inversión publicitaria y notoriedad de una marca.

De acuerdo con las conclusiones del Abogado General, Nils Wahl, presentadas el 24 de marzo de 2015 en el asunto C-125/14, de Iron & Smith Kft contra Unilever NV2, *“la cuestión del renombre depende del mercado de referencia de los productos y servicios de que se trate”*. El TS, en su sentencia núm. 6110/2012 de 23 de junio de 2012, determina que no se debe exigir a una marca, para que cuente con notoriedad conocida, que transmita una imagen positiva por la fuerte inversión en publicidad que ha realizado. De esto, se desprende que lo importante para la notoriedad no es que la imagen de la marca sea positiva, sino la fuerte inversión en publicidad que esta ha realizado.

Asimismo, la SAP de Granada núm. 1386/2012, de 20 de julio de 2012, señala en su fundamento jurídico quinto que *“esta misma Sección Tercera de la Audiencia de Granada ya dejó señalado, en Sentencia de 31 de marzo de 2001 , que “marca notoria es aquélla que por su uso intenso en el mercado y su publicidad se encuentra difundida de manera amplia, sin perder su fuerza distintiva siendo conocida de forma muy desarrollada por los consumidores y los sectores interesados”*.

Otro ejemplo por el cual se tiene en cuenta la extensión de las campañas publicitarias para determinar la notoriedad de la marca tuvo lugar en la SAP de Madrid núm. 14544/2015, de 1 de septiembre de 2015, en la que se reconoció la notoriedad de las marcas de Calvin Klein Trademark Trust. En dicha sentencia, el tribunal razonó lo siguiente *“La sentencia recurrida aprecia acertadamente el carácter notorio de la marca a tenor de la prueba practicada, que pone de manifiesto la amplia difusión entre el público general de las marcas de las que es titular CALVIN KLEIN TRADEMARK TRUST, como se desprende del volumen de ventas de los productos designados con las marcas y la extensión de las campañas de publicidad realizadas o de las certificaciones de las Cámaras de Comercio de Madrid y Barcelona, entre otros documentos”*.

Siguiendo con la explicación sobre la incidencia de la inversión en publicidad de una marca, de nuevo el Abogado General Nils Wahl, en sus conclusiones manifiesta que *“es preciso realizar un análisis de los hechos que únicamente puede efectuar el órgano jurisdiccional nacional que conoce del caso de autos. Como señaló el Tribunal de Justicia, la cuota de mercado poseída por la marca anterior, la intensidad, la extensión geográfica y la duración de*

su uso, así como la importancia de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla son los elementos que deben tenerse en cuenta en ese análisis”³. En otras palabras, la inversión realizada por una empresa para promocionar sus productos es un criterio cuantitativo que tienen en cuenta los tribunales para, junto con otros criterios geográficos y económicos, determinar que una marca goza de notoriedad.

En conclusión, de conformidad con lo señalado por el TJUE, el TS y las AP de Granada y Madrid, la inversión realizada en publicidad es un criterio cuantitativo que se tiene en cuenta para atribuirle notoriedad a una marca. Por ello, la alegación de Dña. Rosario mediante la cual manifiesta el carácter notorio de su marca por la fuerte inversión en campañas publicitarias, puede ser un criterio decisivo para el pronunciamiento del tribunal sobre la efectiva notoriedad de su marca. En definitiva, tras dicha alegación, aumentan las probabilidades de que el tribunal competente determine que la marca de Dña. Rosario goza de notoriedad y, por consiguiente, anule el registro de la marca “MOTOPAPI” efectuado por la Sociedad.

(iv) Viabilidad de las reclamaciones de Dña. Rosario.

La probabilidad de que las reclamaciones de Dña. Rosario prosperen es alta. Tras analizar dicha situación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, en el presente dictamen, se ha puesto de manifiesto que los últimos pronunciamientos jurisprudenciales son más favorables a la hora de calificar las marcas como notorias. Por ello, es probable que los tribunales concedan la razón a Dña. Rosario respecto de la notoriedad de su marca y se pronuncien en contra del registro de la marca MOTOPAPI efectuado por la Sociedad en la OEMP.
- En segundo lugar, si apenas cambian dos letras de un signo distintivo a otro, es muy probable que los signos en conflicto presenten en el plano visual y fonético un grado medio de similitud que haga apreciar un riesgo de confusión entre ambos.
- En tercer lugar, con respecto a la fuerte inversión en publicidad en la marca de Dña. Rosario, de conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos previamente, se ha considerado dicha inversión como un criterio cuantitativo a la hora

³ STJUE, de 3 de septiembre de 2015, asunto C-125/14, de Iron & Smith Kft contra Unilever NV3.

de atribuir notoriedad. Por ello, tiene altas probabilidades de ser un criterio decisivo para el pronunciamiento del tribunal sobre la efectiva notoriedad de su marca.

En definitiva, es probable que el tribunal determine que la marca de Dña. Rosario goce de notoriedad y que el registro de la marca “MOTOPAPI” genere un riesgo de confusión entre ambas. Como consecuencia de ello, el registro de la marca “MOTOPAPI” se considera una contingencia importante que la sociedad deberá tener en cuenta. Como solución, se propone la solicitud de anulación de la marca y el registro de otra nueva con distinta denominación para evitar confusión con la marca anterior.

2.3 Implicaciones del despido de D. Patricio Quevedo. Posibilidad de que se aplique el ET o deber de la Sociedad de respetar lo pactado en el contrato conforme a la indemnización por despido.

D. Patricio Quevedo es director general de la Sociedad y tiene un contrato de alta dirección. En este contexto, es muy importante comprobar que, verdaderamente, D. Patricio es un alto directivo y que, por tanto, tiene una relación laboral de carácter especial con la sociedad. Si es así, ese contrato tendría efectos y sería válido. Sin embargo, si D. Patricio no fuera un alto directivo, su relación laboral no sería de carácter especial, sino que se trataría de una relación laboral común regulada por el ET.

Para determinar si un director general tiene una relación laboral común o especial, por ser personal de alta dirección, es necesario atender a lo dispuesto en el artículo 2.1 ET, el cual determina que *“se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3 c)”*

El punto 1.3 c) del ET excluye de la regulación del ET *“La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo (...)”*. Los consejeros o administradores se excluyen de la relación laboral especial porque, de conformidad con la teoría del vínculo, su relación con la sociedad se considera de carácter mercantil.

Como D. Patricio no es consejero ni administrador de la sociedad, no queda excluido

de la relación laboral especial. No obstante, es necesario analizar también el artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Este artículo determina que el personal de alta dirección serán aquellos trabajadores que *“ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”*.

Para determinar si, en efecto, D. Patricio es alto directivo, habría que prestar atención a tres conceptos fundamentales contenidos en el anterior artículo que se tendrían que cumplir:

- Que ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, es decir, que tenga un poder real y pueda demostrar que ejercita esos poderes y que realmente dirige la empresa de facto.
- Que tenga plena autonomía y responsabilidad. Es decir, que sea libre para ejercitar esos poderes comentados previamente y responsable jurídicamente.
- Que la autonomía y responsabilidad estén limitados por criterios e instrucciones directas, emanadas de los órganos superiores de gobierno y administración.

Por ello, se plantean dos posibles escenarios (i) que D. Patricio sea director general de la zona de Canarias y exista un director general de la Sociedad a nivel nacional o (ii) que D. Patricio sea director general de la Sociedad y sus decisiones solamente estén limitadas por criterios e instrucciones órganos superiores de gobierno y administración de la Sociedad.

En el primer caso, D. Patricio no ejercería poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, porque las ordenes emanarían de un director general con más poder de decisión. Además, no tendría plena autonomía y responsabilidad, ya que el directivo a nivel nacional tendría un poder de veto sobre las decisiones que quisiera adoptar para la gestión de la Sociedad en las Islas Canarias. En tal caso, su relación laboral común se regularía en el ET.

En el segundo caso, si D. Patricio ejerciese poderes inherentes a la titularidad jurídica

de la empresa y tendría plena autonomía y responsabilidad limitada por los órganos superiores de gobierno y administración. Sería un alto directivo y su relación laboral especial se regiría por el RD 1382/1985.

Con respecto al primer caso, podría ocurrir que, a pesar de haber firmado un contrato laboral de alta dirección, D. Patricio no fuese un alto directivo. En este sentido, el TSJ de Madrid, en su sentencia núm. 656/2018, de 6 de julio de 2018, determina que al firmar un contrato de alta dirección en el que no se especifica si la anterior relación laboral común se extingue o se suspende, el tribunal entiende que, en todo caso, la relación laboral previa queda suspendida. En conclusión, la indemnización que le correspondería por el despido ya fuera objetivo o improcedente, debería calcularse conforme a lo estipulado en el ET.

Con respecto al segundo caso, D. Patricio sería un alto directivo cuya relación laboral especial se regularía por el RD 1382/1985. A los derechos y obligaciones de este tipo de relación laboral especial, se les aplica por orden lo siguiente: (i) lo pactado por las partes en el contrato, con sujeción a lo establecido en el RD 1382/1985, (ii) la legislación civil y mercantil para aquello que no hayan previsto en el contrato y (iii) la legislación laboral común, fundamentalmente, el ET. Al existir un contrato de alta dirección, prevalece lo pactado en este. Así, la indemnización a D. Patricio se apoyaría en el artículo 11.1 del RD 1382/85, de desistimiento del empresario. Este artículo regula lo siguiente: *“El contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso en los términos fijados en el artículo 10.1”*. Continúa la redacción del mismo punto regulando que *“El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato [...]”*.

En conclusión, si D. Patricio Quevedo fuera alto directivo, tendría derecho a la indemnización de 900.000€ pactada en el contrato. Sin embargo, si fuera un directivo alto con una relación laboral común, su indemnización debería calcularse conforme a lo establecido en el ET. No obstante, podría seguir siendo válida la indemnización fijada en 900.000€ mediante la autonomía de la voluntad de las partes, de conformidad con el artículo 1.255 del Código Civil, el cual regula que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*. Es importante analizar esto por el principio de irrelevancia del nomen iuris. El TS, en su sentencia núm. 1458/2016, de 18 de diciembre de 2016, expone que

“los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del nomen iuris)”. Así, a pesar de haber firmado un contrato de alta dirección, al no cumplirse los requisitos para dicha relación laboral especial, el contrato podría regular simplemente la relación laboral común de D. Patricio pero quedar sujeto a la indemnización pactada.

V. SECCIÓN SEGUNDA

1. INTRODUCCIÓN

La Sociedad solicita asesoramiento jurídico en torno a ciertas cuestiones complejas que se abordarán en las próximas reuniones de la junta general de accionistas y del consejo de administración de la sociedad.

En primer lugar, la junta general de socios de la Sociedad se reúne con motivo de la aprobación del reparto de dividendos. Sin embargo, las cuentas anuales de la sociedad muestran que, actualmente, su situación financiera no es la ideal para proceder al reparto de dividendos.

En segundo lugar, uno de los socios minoritarios es considerado por la Sociedad como especialmente conflictivo y ha estado enfrentado con la Sociedad durante los últimos meses. Dicho socio minoritario es Don Omar y ostenta una participación del 25% en el CS. Con ese porcentaje, Don Omar desea utilizar sus derechos políticos para llevar a cabo una serie de actos en la junta de socios. En concreto, pretende utilizar sus derechos políticos para complementar el orden del día e incluir la propuesta de nombramiento de un nuevo miembro del consejo de administración. De igual forma, Don Omar pretende impugnar el eventual acuerdo negativo de la junta de socios respecto del nombramiento del nuevo consejero. Por último, Don Omar interpondrá acciones de responsabilidad frente al consejo de administración por los daños causados por infracción del deber de lealtad.

Don Omar ha solicitado al consejo de administración información muy detallada sobre la venta de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023. Los miembros del consejo de administración consideran que la información podría serle denegada por ser irrelevante para que ejerza sus derechos, ya que el socio minoritario obstaculiza de forma frecuente el trabajo del consejo con tareas monótonas e irrelevantes.

Conforme a los hechos detallados previamente, la sociedad solicita asesoramiento jurídico con respecto a las siguientes cuestiones.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

2.1. Teniendo en cuenta su estructura financiera, la Sociedad desea saber cuáles son los pasos a seguir para repartir la mayor cantidad de dividendos posibles cumpliendo con los requisitos legales.

En primer lugar, es importante hacer un breve apunte al enunciado porque el total del P más el PN es de 60 M€, no de 90 M€.

Para proceder al reparto de dividendos hay que tener en cuenta que la junta general, de conformidad con el artículo 273.1 LSC, “resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado”. Dicho artículo regula que, cuando se haya cumplido con lo establecido en la ley o los estatutos, “sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. En tal caso, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta”.

En el siguiente párrafo del artículo, la ley regula 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 este punto, es importante reflejar las cifras del CS y del PN de la Sociedad. El CS es de 50M€ y el PN es de -10M€. Esto es así porque los préstamos participativos de la Sociedad no se consideran a estos efectos como PN, sino como P. El ICAC se manifestó en este sentido en la resolución de 5 de marzo de 2019, determinando que “Los préstamos participativos se presentan en el pasivo del balance si cumplen la definición de pasivo incluida en el apartado 3 de este artículo, pero se considerarán patrimonio neto a los efectos de determinar si concurren las causas de reducción obligatoria de capital social o de disolución obligatoria por pérdidas reguladas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital”. En conclusión, contablemente, son pasivos porque existe la obligación de devolverlos.

No obstante lo anterior, el RD-L 7/1996, de 7 de junio, regula en su artículo 20.1 d) que *“los préstamos participativos se consideraran patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de la sociedad”*. Sin embargo, a efectos de determinar la máxima cantidad posible de reparto de dividendos, los consideramos como P.

Al hilo de lo anterior, el ICAC, en la resolución nº 99/2014, consulta nº5, publicada en el BOICAC expone que *“si las pérdidas de ejercicios anteriores que hacen que el valor del patrimonio neto de la sociedad sea inferior a la cifra de capital social, el beneficio se destinará a la compensación de esas pérdidas de forma obligatoria”*.

En el presente caso, la sociedad tiene un resultado negativo de ejercicios anteriores de 130 M€. Su CS es de 50 M€. Por tanto, la cifra de PN es muy inferior a la cifra de CS. Como resultado, la distribución de dividendos con cargo a resultado del ejercicio no será posible, sino que los beneficios del último ejercicio de la Sociedad deberán destinarse a la compensación de pérdidas.

La sociedad dispone de una RL de 30M€, una RV de 10M€, una reserva de revalorización de 5M€ y unas aportaciones de socios de 20M€. El ICAC, en su resolución de 5 de marzo de 2019, determina que *“En el supuesto de coexistir en el balance (1) el resultado positivo del ejercicio junto con (2) reservas disponibles, (3) reservas indisponibles, y (4) la reserva legal, los resultados negativos de ejercicios anteriores se compensarán materialmente y en primer lugar con las ganancias acumuladas de ejercicios anteriores en el orden que se ha indicado, antes de que se produzca la compensación material con el resultado positivo del ejercicio. [...]”*

De lo anterior se deduce que si la sociedad destina la RV, la reserva de revalorización, en caso de que pueda destinarla a compensar pérdidas de ejercicios anteriores por llevar en su balance el tiempo suficiente, y parte de la RL, respetando el mínimo legal que debe mantenerse, las pérdidas no se reducirán a una cantidad que haga que la cifra de PN sea mayor que el CS.

En conclusión, a pesar de que la sociedad compense pérdidas con sus reservas, no será suficiente para que la cifra de PN sea mayor que el CS. Por tanto, de conformidad con la ley y

con la resolución de 5 de marzo de 2019 del ICAC, la sociedad no podrá repartir dividendos y los 5 millones del resultado del ejercicio deberán ir íntegramente a compensar pérdidas.

2.2 La Sociedad quiere saber si Don Omar puede: (i) incluir en el orden del día el nombramiento de un nuevo miembro del consejo de administración por tener participación suficiente para exigir el nombramiento al haber cinco administradores en la Sociedad; (ii) la posibilidad de que Don Omar impugne un acuerdo negativo de la junta (iii) la repercusión de las acciones de responsabilidad contra el consejo de administración por los daños causados por la infracción del deber de lealtad.

(i) El artículo 243 LSC regula el sistema de representación proporcional de la SA. Sin embargo, este sistema de representación no está regulado ni contemplado en la LSC para las SL. Por ello, en principio, parece que no sería posible aplicar tal artículo en una SL.

Sin embargo, la resolución de 28 de marzo de 2022 de la DGSJFP, admitió la inscripción en el RM de una cláusula estatutaria que regulaba el sistema de representación proporcional en el consejo de administración en una SL. Esta resolución surge tras la calificación negativa del registrador mercantil el cual descartó la posibilidad de que dicha cláusula se regulase en los estatutos de una SL, de conformidad con lo establecido en el artículo 191 RRM, el cual regula que, para las sociedades limitadas, los administradores de la sociedad se nombrarán en el acto de constitución en la junta general y no se registrará el nombramiento por cooptación ni por el sistema de representación proporcional. El registrador Mercantil fundamentó su rechazo en otra resolución de la DGSJFP de 15 de septiembre de 2008, en la que se acordó que no procedía la inscripción de la representación proporcional por lo establecido en el artículo 243 LSC, en el que se regula que dicho sistema de representación se admite solo en sociedades anónimas.

Sin embargo, en la resolución del 28 de marzo de 2022, la DGSJFP permite la aplicación del sistema de representación proporcional en una SL, estableciendo como única diferencia con una SA que en esta dicho sistema nace de la propia ley mientras que en la SL, la posibilidad de adoptar este sistema debe estar expresamente prevista en estatutos. La DGSJFP, para fundamentar sus argumentos, menciona la STS, n.º 138/2009, de 6 de marzo, en la que el alto tribunal declaró aplicable el régimen de representación proporcional en las sociedades de responsabilidad limitada.

Al hilo de la anterior explicación, es importante atender a lo dispuesto en los motivos

del recurso contra la negativa del registrador mercantil, que da lugar a la resolución de 8 de marzo de 2022, debido a que resume muy detalladamente la posibilidad de establecer el sistema de representación proporcional en una SL:

- El primer argumento se basa en la autonomía de la voluntad de los socios, de conformidad con el artículo 28 LSC, el cual determina que cuando no se oponga a las leyes ni contradiga principios configuradores del tipo social elegido, en escritura y en estatutos se podrá pactar lo que los socios crean conveniente.
- Un segundo argumento es que el artículo 243 LSC no prohíbe que el sistema de representación proporcional sea adoptado por las SL. Además, no existe incompatibilidad entre el sistema de representación proporcional que puede adoptar una SL y la competencia para el nombramiento de administradores que puede llevar a cabo en la junta general.
- Otro argumento importante, de conformidad con la afirmación del TS en la Sentencia n.º 138/2009, de 6 de marzo, expone la jerarquía normativa entre el RRM y la LSC, siendo la Ley la que debe prevalecer por el principio de jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico.
- Por último, otro argumento a destacar es que la posibilidad de optar por este sistema de representación proporcional ampara los intereses de los socios minoritarios, siendo esta protección uno de los propósitos de la LSC.

Como conclusión, Don Omar podrá ejercer su derecho de proponer y nombrar a un nuevo miembro en el consejo de administración, de conformidad con su participación en el CS de la Sociedad, únicamente si los estatutos contemplan como posibilidad para ello el sistema de representación proporcional.

(ii) Con respecto a la posibilidad de que el socio minoritario impugne un acuerdo social, el artículo 204 LSC, regula en su primer apartado que “*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.*”

Si los estatutos de la sociedad no contemplan la posibilidad de elegir un nuevo miembro del consejo de administración mediante el sistema de representación proporcional, el socio minoritario no podrá impugnar un acuerdo negativo al respecto. Esto es así porque ese acuerdo no es contrario a la ley y tampoco se opone a lo establecido en los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad. De igual forma, tampoco lesiona el interés social de ningún socio, debido a que esta lesión al interés social se produce, de conformidad con la LSC, cuando *“el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva 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”*.

Como ya hemos dicho, los estatutos no contemplan la posibilidad de nombramiento solicitada por el socio minoritario. Por ello, para nombrar a un nuevo consejero, tendrá que cumplirse la mayoría de votos que establece el artículo 198 LSC, esto es, *“mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social”*. Al haber sido los votos válidamente emitidos, los socios de la Sociedad han acordado que no procede nombrar un nuevo consejero. Esta decisión ha sido deliberada y adoptada conforme al interés social. Por ello, no se podría alegar una lesión al interés social para impugnar dicho acuerdo.

(iii) Respecto a la responsabilidad de los administradores por los daños causados por la supuesta infracción del deber de lealtad, es necesario atender a lo dispuesto en el artículo 227.1 LSC, el cual regula que *“los administradores deberán desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*.

Esta diligencia exigida al administrador es la correspondiente al profesional que ejerce su cargo como responsable de la actividad societaria. Por ello, *“los jueces no revisarán las decisiones de los administradores cuando éstos cumplan con los mínimos de diligencia debida, actuando de buena fe, sin incurrir en conflicto de interés y siempre con suficiente información y siguiendo un procedimiento adecuado y razonable en la toma de decisiones.”*⁴

⁴ Martínez-Cortés Gimeno, J., *El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas*, Cuadernos de Derecho y Comercio, n. 65, 2016, p.43.

Con respecto al interés social, el TS determina que *“al reconocer personalidad jurídica propia a la entidad, distinta de sus socios, y al dotarla de un objeto social y, consiguientemente, de una finalidad, también puede hablarse de un interés de la propia sociedad. Pues bien, este interés social no se identifica con el de los socios, pero se nutre del interés de estos últimos.”*⁵

Tras profundizar en los conceptos de buena fe e interés social en el desempeño del cargo de administrador, es importante también profundizar en el concepto de fiel representante. *“Este concepto comporta la primacía del interés principal de la sociedad y la abstención en perseguir cualquier otro beneficio en el desarrollo de su cargo.”*⁶ Es decir, la actuación diligente del administrador debe ser una actuación conforme a la de gestor que busca siempre el interés del principal.⁷

Como consecuencia, tras haber profundizado en el análisis de la LSC respecto del concepto de deber de diligencia del administrador, es fundamental concluir que los administradores de la Sociedad no han incumplido en ningún momento este deber. Han actuado de buena fe, sin incurrir en conflicto de interés y siguiendo un procedimiento adecuado y razonable en la toma de decisiones y han actuado en interés de la sociedad, al respetar el acuerdo negativo de la junta de socios de nombrar a un nuevo administrador. En conclusión, no debe atribuirse responsabilidad a ninguno de los administradores por la inexistencia del incumplimiento de su deber de diligencia.

2.3 La Sociedad nos pregunta si podría denegarle la información solicitada a Don Omar. En caso negativo, desea saber cuáles serían los plazos y la forma para aportar tal información.

El TS, en su sentencia núm. 608/2014 de 12 de noviembre de 2014, determina la importancia del derecho de información, con la siguiente afirmación: *“con carácter general el derecho de información se justifica por la pertinencia de que quien está integrado en una sociedad mercantil, como socio de la misma, y ha invertido parte de su patrimonio en el capital social, pueda tener conocimiento de cómo se está gestionando y administrando la*

⁵ STS núm. 986/2019, de 21 de diciembre de 2022.

⁶ Sánchez-Calero Guilarte, J., *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad en Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015 p. 904.

⁷ Valpuesta Gastaminza, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Madrid 2015 p. 622.

sociedad para que de este modo pueda adoptar de modo fundado las decisiones pertinentes (votación de acuerdos en las juntas sociales, exigencia de responsabilidad a los administradores, venta de su participación en la sociedad, etc.)”

Conforme a esta afirmación, es necesario atender a lo dispuesto en el artículo 196 de la LSC, el cual regula que los socios de una SL pueden, con anterioridad a la junta general, por escrito, o durante la celebración de la misma, verbalmente, solicitar informes o aclaraciones respecto de los asuntos que componen el orden del día. Continúa el artículo regulando que el órgano de administración está obligado a entregarlo, de forma oral o escrita, siempre que corresponda, de acuerdo con el momento y naturaleza de la información solicitada. Sin embargo, el órgano de administración se puede negar a entregar la información si su publicidad perjudica el interés social de la Sociedad. No obstante, en ningún caso se podrá denegar cuando la solicitud viene formulada por uno o varios socios que representen al menos el 25% del CS.

De conformidad con lo regulado en el artículo 196 LSC, en las SL el derecho de información, cuando se solicita previamente a la celebración de la junta, no está sometido a un plazo temporal. Se puede solicitar por escrito, en cualquier momento, previamente a la celebración de la junta o verbalmente durante su celebración. La ley no prevé para estas sociedades el modo en el que los administradores deban entregar la información. Por ello, la doctrina mayoritaria considera que *“la información se debe proporcionar de la misma forma en la que se solicitó, o por escrito antes de la junta o verbalmente durante la celebración de la misma.”*⁸ De igual forma, en las SL la respuesta a la información solicitada por los socios, cuando se solicita durante la junta, debe hacerse en ese mismo momento.

No obstante, el derecho de información debe ejercitarse bajo la buena fe, no siendo admisible su ejercicio de forma abusiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil.⁹ De conformidad con ello, el TS determina en su sentencia núm. 406/2015 de 15 de julio de 2015, que *“el derecho de información del socio no puede transgredir la buena fe ni ejercerse de forma abusiva”*.

⁸ Benavides Velasco, P., *El derecho de información de los socios en las sociedades de capital*, en Revista de Derecho Mercantil núm. 302/2016 p. 240

⁹ Artículo 7.1 del Código Civil: *“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*.

Para delimitar la buena fe en el ejercicio del derecho de información, los tribunales han establecido algunos límites a este derecho. Concretamente, uno de esos límites consiste en que la información que solicita el socio tiene que guardar conexión con el orden del día. Así, la doctrina ha considerado que es suficiente con que exista relación con alguno de los puntos del orden del día. El TS, en su sentencia núm. 531/2013 de 19 de septiembre de 2013, determina que *“de esta valoración se encargarán los administradores, quienes valoran en cada caso la existencia de esa conexión”*.

Un segundo límite al derecho de información del socio, el cual se ha mencionado previamente, es que la publicidad de la información perjudique el interés social. Cuando esto ocurra, *“los administradores podrán negarse a proporcionar la información cuando entiendan que su publicidad puede causar un perjuicio efectivo y grave.”*¹⁰ Sin embargo, estos límites no pueden oponerse a la entrega de información al socio cuando el socio o socios que la han solicitado representen al menos el veinticinco por ciento del CS. Además, esta participación no puede reducirse en los estatutos de las sociedades limitadas.

En conclusión, la sociedad no puede negarse a proporcionar la información a Don Omar, al ostentar una participación del veinticinco por ciento en la sociedad. Asimismo, la ley no establece el plazo ni forma para ello. Por tanto, podemos concluir que si Don Omar solicita la información por escrito antes de la celebración de la junta, se le debería proporcionar de esa misma forma. Y si ejerce su derecho verbalmente en la junta, se le deberá proporcionar la información verbalmente durante la celebración de esta.

Como apunte a lo anterior, cabe destacar que un socio de una SL no puede impugnar un acuerdo social alegando vulneración del derecho a la información antes de la junta, a no ser que el conocimiento de esa información hubiera sido fundamental para ejercer razonablemente cualquier derecho de participación en junta, de conformidad con el artículo 204.3 LSC

VI. SECCIÓN TERCERA

1. INTRODUCCIÓN

Tras la adquisición de la Sociedad por parte del Grupo, los resultados de la Sociedad

¹⁰ Martínez-Gijón Machuca, P, *Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014*, en revista de derecho de sociedades, núm. 47, 2016, p. 88.

en España permiten al Grupo emprender la expansión en el resto del mercado español. Conforme a ello, de nuevo solicitan nuestro asesoramiento para informarles sobre las dos decisiones estratégicas que pretenden implantar:

Una de sus preocupaciones consiste en que han identificado a una de las filiales de la Sociedad, Summer Sound, S.L.U. (en adelante, “**Summer S**”), cuyo objeto social es la organización de festivales, como uno de los focos principales de pérdidas. Los resultados de tal sociedad en esta línea de negocio no dan los rendimientos económicos esperados al Grupo 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. (en adelante “**Summer SB**”) sí que presenta resultados positivos y unas altas cifras de ventas. La Sociedad solicita asesoramiento jurídico con respecto a las siguientes cuestiones

2. CUESTIONES PLANTEADAS

2.1.1. Distintas alternativas para que Summer SB deje de estar controlada al 100% por Summer S y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad.

Con el objetivo de analizar las distintas posibilidades para que Summer SB pase a estar controlada al 100% por la Sociedad, se tiene en cuenta el siguiente aspecto fundamental: se considera que Summer S participa al 100% en Summer SB. Es decir, que las sociedades están íntegramente participadas.

En primer lugar, una de las posibilidades más sencillas sería la compraventa de las participaciones sociales de Summer SB por la Sociedad. En este sentido, habría que formalizar un contrato de compraventa de las participaciones sociales que componen el 100% del CS de Summer SB. De este modo, la Sociedad sería el comprador en la operación y Summer S, como socio único y propietaria del 100% de las participaciones de Summer SB, sería el vendedor.

Para llevar a cabo la operación, sería necesario la adopción de acuerdos del socio único de Summer S, acordando la transmisión de la totalidad de las participaciones sociales de Summer SB. En este sentido, sería importante comprobar si las participaciones de Summer SB suponen un activo esencial para Summer S. De ser así, el socio único de Summer S., la Sociedad, tendría que aprobar la transmisión a efectos del artículo 160 f) de la LSC.

Una vez adoptado el acuerdo y certificado por aquel que tenga facultad certificante, con el visto bueno del presidente (si hay consejo de administración en Summer S), la junta de socios de la Sociedad también deberá acordar la adquisición de las participaciones de Summer SB y tendrá que manifestar también si constituye una adquisición de un activo esencial a efectos del artículo 160 f) LSC. De igual forma, certificará el acuerdo quien posea facultad certificante en la Sociedad. Una vez adoptados los acuerdos sociales, se redactará el contrato de compraventa, se pagará el precio y se elevará a público ante notario si las partes así lo acuerdan.

Otra posibilidad que tiene la Sociedad para controlar al 100% Summer SB consiste en acordar la disolución y liquidación de Summer S y proceder a la adjudicación por parte de su socio único, la Sociedad, de las participaciones de Summer SB y del resto de sus activos mediante el reparto de la cuota de liquidación.

De conformidad con el artículo 368 LSC, la sociedad podrá disolverse *“por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de estatutos”*. La disolución deberá inscribirse en el RM, de conformidad con el artículo 369 LSC. Debido a ello, el registrador, telemáticamente y sin coste adicional, remitirá de oficio la inscripción de la resolución en el BORME.

El periodo de disolución de una sociedad abre el periodo de liquidación, regulado en los artículos 371 y ss LSC. Concretamente, el artículo 371.2 determina que *“la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante este tiempo, deberá añadir a su denominación la expresión: en liquidación”*.

Los artículos 374 a 376 LSC, exponen que los administradores cesarán de su cargo cuando se abra el periodo de liquidación. Si la sociedad lo quiere, los antiguos administradores prestarán ayuda para la práctica de las operaciones de liquidación, convirtiéndose en liquidadores, debiendo asumir las funciones que establece la LSC y cumplirán, de buena fe, con sus obligaciones legales, siendo una de ellas *“velar por la integridad del patrimonio social en tanto no sea liquidado y repartido entre los socios”*. De conformidad con lo establecido en el artículo 376 LSC, *“salvo disposición contraria de los estatutos o salvo nombramiento por la junta general de liquidadores, quienes fueren administradores al tiempo de disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores”*.

Una vez cumplidos todos los requisitos establecidos en la LSC para el periodo de liquidación, de conformidad con el artículo 390 LSC, los liquidadores “*someterán a la aprobación de la junta general un balance final, un informe completo sobre dicha operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo restante*”.

Tras la aprobación, es necesario cumplir la división del activo restante entre los socios. Para ello, la LSC regula el derecho a la cuota de liquidación, el cual consiste en que, “*salvo disposición contraria de los estatutos, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social*”.

En el presente caso, la sociedad Summer S, que se disuelve y se liquida, no tiene acreedores ni deudas pendientes. Por ello, su socio único, la Sociedad, se adjudicará los activos y pasivos resultantes del balance final de liquidación. Sin embargo, es importante aclarar qué podría darse el caso en el que surgan pasivos sobrevenidos tras la liquidación que provoquen la aparición de acreedores sociales exigiendo el cobro por pérdidas anteriores a la liquidación. Cuando una sociedad se extingue, los activos sobrevenidos se podrían considerar como *res nullius*, con la consiguiente extinción de los derechos de los acreedores o, como ha señalado un amplio sector doctrinal, “*se podría considerar como una sucesión universal de los socios en la posición de la sociedad, de manera que sobre los activos sobrevenidos se constituirá una comunidad de bienes entre los socios*”¹¹. Si se produjera tal situación, dicha comunidad de bienes de los socios concurriría con los acreedores de estos. Esta situación es contraria a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que la ley establece que se deben satisfacer a los acreedores de la sociedad antes del reparto de la cuota de liquidación a los socios.¹²

Conforme a lo anteriormente explicado, la Sociedad debe tener en cuenta que los potenciales nuevos acreedores sociales, si surge un pasivo sobrevenido de la sociedad previamente liquidada (Sumer S), pueden demandar a los socios. En este caso, el socio único de la sociedad liquidada era la Sociedad. Por ello, de conformidad con el artículo 399 LSC, los antiguos socios serán los que responderán solidariamente de las deudas no satisfechas pero

¹¹ Recalde Castells, A., Martínez Flórez, A., *Comentario de la sentencia del TS de 24 de mayo de 2017 (324/2017), la cancelación registral de las sociedades de capital no extingue su personalidad jurídica*. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-34]. Última consulta, 04/12/2023.

¹² *Id.*

con el límite de lo que hayan recibido como cuota de liquidación. Así, la legitimación pasiva corresponderá a todos aquellos socios personas físicas (o, si hubiera un socio persona jurídica, su persona física representante) de la Sociedad, los cuales responderán de forma solidaria y con el límite anteriormente indicado.

El TS reafirma esta idea, en su sentencia de 24 de mayo de 2017 al determinar que *“aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto a u no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación. A los efectos relacionados con la liquidación de la sociedad, esta sigue teniendo personalidad y por ello capacidad para ser parte demandada”*¹³. Esta consideración del TS fue muy importante porque supuso que la personalidad jurídica no concluye en el momento de la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando ya se han agotado, efectivamente, todas sus relaciones jurídicas.

En conclusión, la Sociedad, como socio único de Summer S, sociedad disuelta y liquidada, se adjudicará el 100% de las participaciones de Summer SB, que forman parte del activo de Summer S que se reparte al socio único al no existir créditos pendientes. Sin embargo, es importante que los socios de la sociedad tengan en cuenta la posible responsabilidad por deudas sobrevenidas con acreedores sociales de la liquidada Summer S.

Otra posibilidad, consistiría en llevar a cabo una cesión global de activo y pasivo por parte de Summer S a la Sociedad. Las participaciones de Summer SB constituyen uno de los activos de Summer S. Por ello, si Summer S le cede sus activos y pasivos a la Sociedad, esta pasará a ostentar el 100% de las participaciones de Summer SB en su activo y controlará a dicha filial al 100%.

La cesión global de activo y pasivo se regula en el artículo 72 del RD-L 5/2023, de 28 de junio, que establece que *“una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o varios terceros, a cambio en una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.”* El punto

¹³ *Id.*

segundo del mismo artículo determina que la sociedad que ha cedido su patrimonio se extinguirá si la contraprestación que recibe es total y proporcional a los socios, respetando siempre dicha contraprestación las normas aplicables a la cuota de liquidación.

Siguiendo la regulación actual de dicha operación, de conformidad con el artículo 74, “*los administradores de la sociedad habrán de redactar y suscribir un proyecto de cesión global que consistirá, además de las informaciones previstas en las disposiciones, comunes, menciones a datos de identificación del cesionario, fecha en la que tendrá efectos, información sobre la valoración del activo y pasivo, la contraprestación que se perciba por la sociedad o socios y la acreditación de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias.*”

Tanto los administradores como un experto independiente redactarán un informe. El informe de los administradores detallará justificadamente el proyecto y el del experto independiente tendrá carácter facultativo. Una vez completados los pasos anteriores, la junta general de la sociedad deberá acordar la cesión global y se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario. De conformidad con el artículo 199.1 b) LSC, la cesión global de activo y pasivo en las SL requerirá “*el voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social*”. Por último, para que la cesión global adquiera efectos debe producirse su inscripción en el RM.

La cesión global de activo y pasivo es una modificación estructural que no goza de una extensa armonización en el actual RD-L 5/2023, de 28 de junio. No obstante, a continuación expongo una serie de consideraciones a tener en cuenta para esta operación.

En primer lugar, la transmisión de los activos y pasivos de una sociedad puede hacerse a título de compraventa o a título de permuta, es decir, entregando como contraprestación dinero o títulos asimilables, como obligaciones. Sin embargo, “*no podrá percibirse como contraprestación acciones o participaciones propias*”¹⁴. También es importante tener en cuenta que la transmisión de cada uno de los componentes del patrimonio de la sociedad debe hacerse aisladamente y conforme a lo establecido en la ley.

Otro aspecto importante de la cesión global de activo y pasivo es la cuestión sobre la

¹⁴ Rubio Vicente, P.J., *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Valladolid, (2001) p.585.

necesidad de extinguir la sociedad cedente. Para gran parte de la doctrina, no existe justificación para tal concepción, ya que la extinción de la sociedad estaría ligada a la extinción de todas sus relaciones jurídicas sociales, internas y externas, pero no a la transmisión de la totalidad de su patrimonio a título universal. Por tanto, entendemos esta cesión de activo y pasivo como una sucesión universal, no como una consecuencia necesaria de la extinción de la sociedad.

Otra posibilidad consiste en llevar a cabo una fusión por absorción, en la que la Sociedad absorba a Summer S, de forma que las participaciones de Summer SB queden integradas en el activo de la Sociedad. Las participaciones formarán parte del activo de la Sociedad, al adquirirse mediante la fusión y ello no comportará un aumento de CS en la Sociedad.

Rodrigo Uría, definió las fusiones mercantiles como *“una manifestación del movimiento general de concentración de fuerzas económicas propio de la expansiva economía moderna”*¹⁵. De conformidad con el artículo 34.2 del RD-L 5/2023, de 28 de junio, la fusión por absorción es aquella en la que resulta de la absorción de una o varias sociedad por otra ya existente, la cual adquiere por sucesión universal los patrimonios de las absorbidas, las cuales se extinguirán.

El RDL 5/2023, de 28 de junio exige unos requisitos para el proyecto común de fusión que se regulan en los artículos 39 a 57 y deberá cumplir las siguientes fases:

- En primer lugar, de conformidad con el artículo 39 del RD-L 5/2023, de 28 de junio, los administradores de las sociedades que participen en el proyecto común de fusión deberán redactar y suscribir dicho proyecto, además de firmarlo. Además, si dicho proyecto no se aprueba en las juntas de socios de las sociedades participantes en la fusión, no producirá efectos.
- En segundo lugar, el proyecto de fusión deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 40 RD-L 5/2023, de 28 de junio. Con dicho informe, la sociedad explicará y justificará los aspectos económicos y jurídicos estudiados para la adopción del acuerdo

¹⁵ Uría, R. *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 28ª Edición, 2002, p. 397.

de fusión. No obstante, los administradores podrán solicitar al RM que designen un experto independiente para la elaboración de un único informe.

- El tercer paso consiste en la elaboración de un balance de fusión de las sociedades participantes en la operación. El último balance aprobado podrá ser considerado como balance de fusión cuando haya sido cerrado antes de la finalización del sexto mes anterior a la fecha del proyecto de fusión.
- En cuarto lugar, el balance de fusión deberá ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad si esta tiene obligación de auditar. Sin embargo, esto no aplicarán cuando no se requiera la aprobación del acuerdo de fusión por la junta general.
- En quinto lugar, antes del publicar el anuncio de convocatoria de las juntas generales que resuelvan sobre la fusión, los administradores deberán poner a disposición de los socios, representantes de trabajadores u obligacionistas, documentos societarios tales como las cuentas anuales e informes de gestión de los últimos tres ejercicios, los balances de fusión, los estatutos vigentes, el nuevo proyecto de fusión y la identidad de los administradores que participarán en la operación.
- En sexto lugar, las sociedades fusionadas elevarán a público el acuerdo, incorporando el balance de fusión y lo inscribirán en el RM para que produzca efectos frente a terceros.

En resumen, estos serían los pasos necesarios para ejecutar un acuerdo de fusión. Sin embargo, en el presente caso, asumimos que la Sociedad participa al 100% en su filial, Summer S. Por tanto, estamos ante un supuesto de fusión especial, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del RD-L 5/2023, de 28 de junio. Dicho artículo expone que, en tal caso, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurren los requisitos siguientes: los informes de administradores y expertos independientes, el aumento de capital de la absorbente, la aprobación de la fusión de la junta general de la absorbida o la inclusión en el proyecto de fusión de lo referente al tipo de canje de acciones o participaciones.

En conclusión, la Sociedad (absorbente) deberá acordar en junta general el acuerdo de

fusión por absorción. Se elaborará el balance de fusión y, tras ello, se procederá a la elevación a público mediante escritura pública ante notario, con la consiguiente inscripción en el RM para que adquiera efectos frente a terceros.

Otra posibilidad sería la donación de las participaciones sociales por parte de Summer S. a la Sociedad. De conformidad con el artículo 107 LSC, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, la transmisión voluntaria de participaciones entre socios o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, por actos inter vivos, será libre.

De conformidad con el artículo 106 LSC, la transmisión de las participaciones sociales deberá constar en documento público y el adquirente podrá ejercer los derechos del socio frente a la sociedad desde que tenga conocimiento de la transmisión. Así, una vez Summer S haya tomado la decisión, deberá comunicarlo a los administradores por escrito, detallando el número y características de las participaciones que desea transmitir. También, los datos identificativos del adquirente, precio y otras consideraciones. Tras ello, se aprobará el acuerdo por el socio único y se elevará el acuerdo a público. El plazo para ello es de un mes. También será necesario notificar a la AEAT. Por último, otra de las obligaciones será que la Sociedad presente el libro de socios y el acta de decisiones del socio único al año siguiente.

Otra posibilidad consiste en llevar a cabo una fusión inversa. Esta operación consistiría en la absorción por parte de Summer SB a Summer S (titular de las participaciones de la absorbente) y la consecuente adquisición todos sus activos y pasivos. Así, Summer SB estaría controlada por la Sociedad.

Este tipo de fusión se beneficia también del proceso de ejecución simplificado previsto para la fusión impropia. Como la sociedad Summer S participa al 100% en Summer SB, aplica dicho proceso de ejecución simplificado. Por ello, no será necesario que concurren los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del RD-L 5/2023, de 28 de junio.

Un ejemplo de los eximentes de dicho artículo, pero con una peculiaridad que merece la pena destacar, se expone en el fundamento de derecho tercero de la resolución de la DGRN, de 1 de marzo de 2019. En dicho fundamento jurídico, se menciona la innecesaridad de acuerdo de la junta general de la sociedad absorbida (cuando se produce una fusión por absorción directa) debido a que “*siendo la totalidad de las participaciones titularidad de la*

sociedad absorbente, la integridad de los derechos de voto que a las mismas corresponden son ejercidos por la propia sociedad. No existen, por tanto, otros intereses de socio distintos de aquellos que correspondan a los socios de la sociedad absorbente”.

Continúa el fundamento jurídico tercero de dicha resolución, de la siguiente forma “*a esta situación, se asimila la fusión inversa, debido a que es la sociedad absorbida la que participa íntegramente a la sociedad absorbente de suerte que al extinguirse aquella los socios de la absorbida pasan a ser los socios de la absorbente sin alteración de su porcentaje de participación en el capital social”.*

Como ya hemos visto, la ley no exige de la aprobación del acuerdo en junta general a la sociedad absorbente en el proyecto de fusión, pero sí exige a la sociedad absorbida. La DGRN, de 1 de marzo de 2019, determina que el problema consiste en determinar si “*la exención del artículo 49.4 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (actualmente derogada por la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023 de 28 de junio) ha de aplicar de forma literal, con el eximente del acuerdo en junta de la sociedad absorbida, o si por el contrario ha de aplicar de forma inversa, referido a la sociedad absorbente y no a la absorbida”.*

Para la DGRN, el eximente del actual artículo 53.1 tiene justificación porque la sociedad absorbida está íntegramente participada por el socio único y no existen intereses de socios distintos de los de la absorbente.

De esta forma, la resolución continúa aclarando que en la fusión por absorción inversa, “*los socios de la sociedad que se extingue, la sociedad absorbida, deben pronunciarse en junta general porque son sus intereses de socio los que se discuten y los que se transforman en la atribución de participaciones de la absorbente. Es decir, es debido a la atribución de participaciones de la absorbente lo que justifica la necesidad de que la junta se pronuncie en defensa de sus intereses por las limitaciones que para los socios existen tras la inscripción de la fusión”.*

En conclusión, para la DGRN, la inversión en la interpretación conlleva el necesario acuerdo de la junta general de la sociedad absorbida, por ser los interés de sus socios los afectados por dicha operación. Al ser el socio único de Summer S la Sociedad, serán los socios

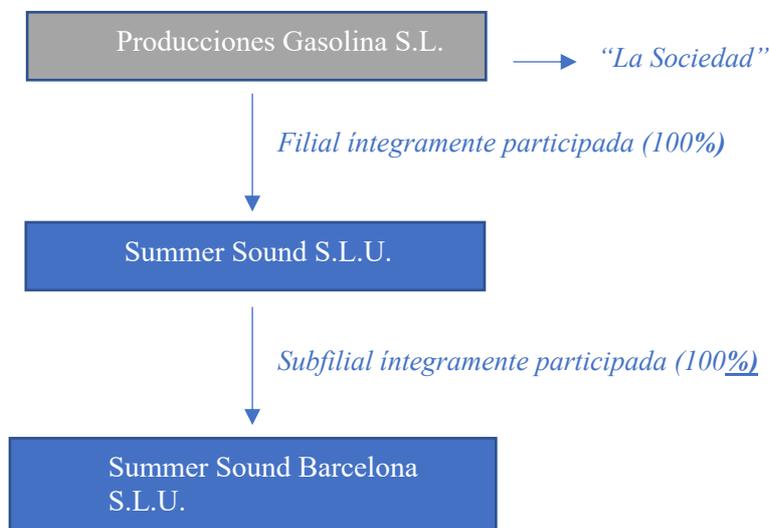
de esta los que acuerden en junta general el acuerdo de fusión inversa por el cual Summer SB absorberá a Summer S. Así, Summer SB pasará a estar controlada al 100% por la Sociedad.

Otra posibilidad consistiría en realizar una escisión financiera impropia. Para entender este concepto, es necesario acudir a la LIS, cuyo artículo 76.2 c) determina que la escisión financiera impropia tiene lugar “*una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a) anterior*”.

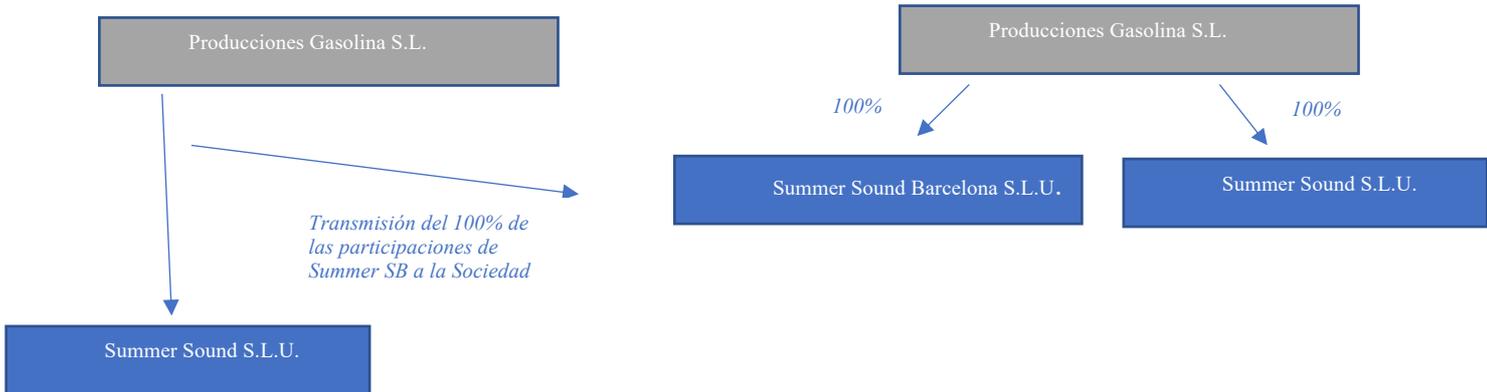
En este caso, Summer S llevaría a cabo la segregación de las participaciones de Summer SB y las transmitiría a la Sociedad. De esta forma, las participaciones que componen el 100% del CS de Summer SB pasaría a ser propiedad de la Sociedad, quien pasaría a tener el 100% del control sobre Summer SB. De igual forma, la Sociedad seguiría controlando el 100% de Summer S sin perjuicio de que, posteriormente, esta sociedad pueda acordar su disolución para proceder a su posterior liquidación y extinción.

La representación gráfica de dicha operación sería la siguiente:

Estructura **previa** a la escisión financiera impropia:



Estructura posterior a la escisión financiera impropia:



2.1.2 Pasos a seguir para liquidar Summer Sound S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.

Con carácter previo al asesoramiento para la liquidación de la filial Summer S, es necesario distinguir entre dos conceptos jurídicos muy importantes en el periodo de vida societaria. Estos conceptos son, por un lado, la disolución y, por otro, la liquidación.

El primero de ellos es el mecanismo societario, regulado en el Título X de la LSC mediante el cual, por acuerdo de la junta general o del socio único, por resolución judicial o por acto administrativo registral; o por un hecho jurídico, como el transcurso del término de duración, se produce el efecto de abrir, en una sociedad, el proceso de liquidación para posteriormente extinguirla. Dicho de otra manera, es un acto adoptado durante la vida de la sociedad que conduce a su posterior liquidación.

Para comprender el concepto de liquidación, es necesario atender a lo dispuesto en el artículo 371.1 LSC, “*la disolución de la sociedad abre el periodo de liquidación*”. Es decir, la liquidación es el período de vida societario que se abre como consecuencia de la disolución y el cual comprende el conjunto de actuaciones destinadas a extinguir la sociedad previo pago a sus acreedores y previa adjudicación de la cuota de liquidación a los socios. En otras palabras, no puede tener lugar la liquidación de una sociedad sin el previo (o simultáneo) acuerdo de disolución.

Explicados los dos conceptos anteriores, es necesario conocer la tercera y última fase, la extinción de la sociedad, entendido como el proceso por el cual se produce la supresión de su personalidad jurídica.

Para comenzar con el asesoramiento de la liquidación de la filial Summer S, es condición *sine qua non* atender a las causas de disolución. Estas pueden clasificarse en atención a su origen, como las causas legales o estatutarias; o en atención al hecho desencadenante de la disolución, por carácter subjetivo, formal o temporal de la sociedad.

De conformidad con el artículo 360 LSC, una sociedad puede disolverse de pleno derecho cuando transcurre el término de duración fijado en los estatutos o cuando transcurre un año dese que se acuerda reducir el CS por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley y no se inscribe esa transformación o disolución en el RM. En el presente caso, la sociedad no podría disolverse por ninguno de esos dos motivos.

Por ello, hay que atender a la sección 2ª del Título X de la LSC, la disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria. En su artículo 363 se enumeran estas causas. De entre todas ellas y atendiendo a la situación actual de la filial Summer S, la única que encaja es el apartado e) del punto primero, el cual establece que la sociedad podrá disolverse *“Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”*.

Una vez explicado esto, será necesario hacer un análisis del balance de situación de la sociedad antes de que el socio único acuerde la disolución, porque si el PN no es inferior a la mitad del CS, no será posible disolver la sociedad por dicha causa legal. Una vez se haya comprobado esto, de conformidad con el artículo 364 LSC se requerirá el acuerdo del socio único para su disolución, ya que al ser SL unipersonal, no puede constituirse junta general de socios.

Para el acuerdo del socio único, a petición de este o por iniciativa del consejo de administración, los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para la adopción del acuerdo, de conformidad con el 365 LSC. Sin embargo, en el presente caso la sociedad es unipersonal. Por ello, no será necesaria la convocatoria de la junta general, sino únicamente el acta de decisiones del socio único de Summer S por el cual adopte la disolución de la sociedad. El acta, la cual firmará el socio único, deberá ser certificada mediante la firma del presidente y el secretario del consejo de administración.

No obstante, si las pérdidas no fueran suficientes para que se cumpla la anterior causa de disolución legal, el artículo 368 LSC regula que “*la sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos*”. Aplicando el caso a la unipersonalidad, el socio único podrá disolver la sociedad reflejando su decisión en el acta de decisiones del socio único cumpliendo los requisitos establecidos en la ley. Finalmente, de conformidad con el artículo 369 LSC, la disolución deberá inscribirse en el RM con mención a una posible reactivación de la sociedad.

Una vez se haya acordado la disolución por el socio único, llega el momento de acordar la liquidación. En el presente caso, no existen deudas ni créditos pendientes. En este sentido, recomendaría acordar simultáneamente la disolución y la aprobación del balance final de liquidación. Incluso se podría otorgar en unidad de acto la escritura de extinción de la sociedad por los liquidadores. Los activos y pasivos de la sociedad extinguida se integrarían en el balance de la Sociedad y, finalmente, se elevarían a público dichas escrituras para su posterior inscripción en el RM.

Si no se produjera simultáneamente, mientras se formula el balance de liquidación y se reparte el haber social a los socios, la sociedad deberá incluir en su denominación social “en liquidación” (art. 371 LSC). De conformidad con el artículo 374 LSC, al acordarse la liquidación, los administradores quedarán automáticamente cesados de su cargo y se extinguirá su poder de representación. De acuerdo con el artículo 375 LSC, si los estatutos no prevén nada ni el socio único se opone, los administradores pasan a ser los liquidadores.

Los liquidadores ejercerán su cargo por tiempo indefinido y su poder de representación corresponderá a cada uno individualmente, de conformidad con el artículo 379 LSC. Como no sabemos el número de administradores que tiene la filial, es importante mencionar que si se diera el caso de haber más de dos liquidadores y los estatutos establecen que deben actuar mancomunadamente, se entiende que el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por al menos dos de ellos, de conformidad con la remisión que hace el artículo 375.2 LSC al artículo 233.2 c LSC.

Sabemos que no existen deudas ni créditos pendientes y suponemos que todos los bienes de Summer S se transmitirán a la Sociedad. Por ello, los liquidadores cumplirán con sus deberes legales, de conformidad con los artículos 383 y ss LSC y formularán el balance

final de liquidación incluyendo sus activos y pasivos, los cuales quedarán integrados en el balance de la Sociedad. Así, se haría efectiva la liquidación de la sociedad Summer S conforme a la LSC.

Una vez finalizado el proceso de liquidación de la sociedad, se debe proceder a su extinción. De conformidad con el artículo 395 LSC, los liquidadores otorgarán la escritura pública de extinción y la incorporarán al balance final de liquidación junto con la relación del socio único en la que constará su identidad y el valor de la cuota de liquidación que le haya correspondido.

Tras elevar a público la escritura, de conformidad con el artículo 396 LSC, se inscribirá en el RM con los documentos indicados previamente incorporados y se expresará que se ha satisfecho al socio su cuota de liquidación y que quedan cancelados los asientos relativos a la sociedad. Los liquidadores depositarán en el RM los libros y documentos de la sociedad.

Por último, si existiera algún activo o pasivo sobrevenido de la sociedad cancelada se procederá a su adjudicación conforme a los artículos 398 y 399 LSC. Cancelada la sociedad, los autorizados para actuar en nombre y representación de esta serán los liquidadores y, en su defecto, cualquier interesado podrá solicitar la formalización al juez del domicilio que hubiere tenido la sociedad.

En conclusión, lo ideal sería que la Sociedad (como socio único) acuerde la disolución y liquidación simultáneas. Este acuerdo, junto con el resto de las decisiones adoptadas se certificarán y se firmarán por aquel que tenga facultad certificante. De conformidad con el artículo 239 RRM, la inscripción de la disolución de las SL se efectuará en virtud de escritura pública otorgada ante notario. Así, el acuerdo de disolución y liquidación adquirirá publicidad frente a terceros.

Por último, de conformidad con los artículos 395 y 396 LSC, los liquidadores otorgarán la escritura pública de extinción de la sociedad, a la que se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios y se inscribirá en el RM junto con el depósito los libros y documentos de la sociedad extinguida.

2.2 La Sociedad pretende adquirir acciones de BZRP, sociedad que cotiza en el Ibex-35. Para ello, sigue las indicaciones de D. Raúl, consejero delegado de la Sociedad el cual ostenta un 6% del CS de Biza como inversión personal. La Sociedad está preocupada por la aplicación de alguna norma imperativa en relación con la adquisición y para ello desea conocer nuestra opinión en los distintos escenarios que plantea:

2.2.1 Adquisición de un 29,99% de las acciones de BZRP.

La sociedad BZRP cotiza en el Ibex-35, el mercado español de valores. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 del RD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, la Sociedad quedará sujeta a lo dispuesto en dicho RD toda vez que deba formular una OPA de acciones de una sociedad cotizada.

De conformidad con el artículo 3 RD 1066/2007, quedará obligado a formular una OPA, por la totalidad de los valores y dirigida a sus titulares a un precio equitativo, todo aquel que alcance el control de una sociedad que cotiza en bolsa.

El control se podrá adquirir de varias formas:

- En primer lugar, por la adquisición de acciones u otros valores que confieran derechos de voto de la sociedad (directa o indirectamente).
- En segundo lugar, mediante pactos parasociales con otros accionistas de la compañía.
- En tercer lugar, al efectuar una toma de control indirecta o sobrevenida en la sociedad.

Siguiendo con lo establecido en el artículo 4 del RD 1066/2007, la participación de control por una persona física o jurídica se alcanza cuando, de forma directa, se adquiere un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%. De igual forma, también se adquiere el control si se tiene facultad de designar un número de miembros del consejo que representan más de la mitad de los miembros totales del órgano de administración. Esta segunda alternativa de obtención de participación del control puede darse a pesar de no alcanzar un porcentaje de derechos de voto del treinta por ciento (30%).

En el presente apartado, la Sociedad plantea adquirir un 29,99% de las acciones de

BZRP. Al estar por debajo del porcentaje del 30% que indica el RD 1066/2007, a priori, la Sociedad no estaría obligada a formular una OPA de valores por no alcanzar el porcentaje de control. Sin embargo, el consejero delegado de la Sociedad, ostenta un 6% de las acciones de BZRP. De conformidad con el artículo 5.1 a) del RD 1066/2007, se atribuye a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan al mismo grupo o a los miembros de sus órganos de administración.

De esa forma, la Sociedad adquirirá un 29,99% de acciones de BZRP que se suma al 6% que ostenta el consejero delegado de la Sociedad. Por ello, y de conformidad con lo expuesto en el artículo 5.1 a) del RD 1066/2007, la Sociedad estaría adquiriendo el control de BZRP. Como resultado, tendría que formular una OPA a todos los titulares de acciones o valores que ostenten derechos de voto en la sociedad cotizada.

Uno de los objetivos de las OPAs, *“consiste en garantizar el derecho de los accionistas, sobre todo el de los minoritarios, a percibir el mismo precio o condiciones en venta de sus acciones en las operaciones de adquisición o cambio de control de la sociedad en la que participan, evitando que la prima o sobreprecio que esté dispuesto a satisfacer el adquirente vaya a parar en exclusiva al socio o socios que pueden transmitir el control”*¹⁶

Para la presentación de la oferta, la Sociedad deberá solicitar autorización a la CNMV, presentada mediante un escrito de solicitud de autorización regulado en el artículo 17 del RD 1066/2007. Además, de ello, deberá formular la oferta con un precio equitativo.

De conformidad con el artículo 9 del RD 1066/2007, las OPAs deberán efectuarse *“con un precio o contraprestación no inferior al más elevado que el oferente o personas que actúen concertadamente con él hubieran pagado o acordado por los mismos valores durante los 12 meses previos al anuncio de la oferta”*

Para determinar el precio equitativo, el mismo artículo regula que se incluirá el importe de la contraprestación que se haya pagado o acordado por el oferente, con la aplicación de las

¹⁶ García de Enterría, J., *Sobre el concierto en materia de OPA obligatoria: concierto en la adquisición de acciones y concierto en el ejercicio de los derechos de voto*, Almacén de Derecho, 3 de enero de 2023. Disponible en: [<https://almacenederecho.org/sobre-el-concierto-en-materia-de-opa-obligatoria-concierto-en-la-adquisicion-de-acciones-y-concierto-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-voto>]. Última consulta, 04/12/2023.

reglas que regula dicho artículo. Si bien los criterios de determinación del precio equitativo pueden resultar un tanto complejos, es menester recordar que el precio podrá modificarse y ajustarse al alza si el oferente adquiere valores a un mayor precio desde que se produce el anuncio de la oferta hasta que se acepta. Así, *“siempre que pueda suponer una mejora, el precio por la adquisición de las acciones podrá modificarse antes de los últimos 5 días previos a la aceptación de la oferta”*¹⁷.

El punto cuarto del artículo 9 regula que *“La CNMV podrá modificar el precio calculado con arreglo a lo dispuesto en los apartados anteriores cuando se de alguna de las circunstancias que enuncia el mismo artículo”*. Dicho esto, se debe considerar que la CNMV tiene facultades de supervisión del precio ofertado por el órgano de administración de la sociedad adquirente pero no posee la facultad de fijar el precio de la OPA.

Con respecto a la facultad de la CNMV de calcular el precio de una OPA conforme al artículo 9 del RD 1066/2007, la STS núm. 1582/2020 de 23 de noviembre de 2020, determinó que la CNMV *“no estaba obligada a justificar por qué no exigió la utilización de un método de valoración concreto, en este caso el del VTC”*.

Continúa el TS explicando algunas de las funciones de la CNMV, tales como la posibilidad de *“pedir cuantas aclaraciones considere oportunas en examen de la solicitud de autorización de la OPA, incluso, pedir que se haga un informe valorativo con una determinada metodología, o se complemente de este modo el inicialmente presentado por los administradores.”*

En conclusión, la Sociedad deberá lanzar una OPA por la totalidad de las acciones o valores de BZRP, como consecuencia del 6% de las acciones de BZRP que ostenta el consejero delegado de la Sociedad, junto con la adquisición del 29,99% de participaciones que pretende adquirir. Para ello, deberá emitir un precio equitativo, calculado conforme al artículo 9 del RD 1066/2007, que quedará bajo la supervisión y posterior autorización de la CNMV.

¹⁷ Carretero, E., *El precio equitativo en la regulación de las ofertas públicas de adquisición de valores*. Revista de derecho mercantil de Mercado de Valores, núm. 17, 2015, La Ley, p. 5.

2.2.2 Adquisición de un 12% de BZRP y además suscribir un pacto de voto con Dña. Natalia Antillano, socio que ostenta un 28% de las acciones de BZRP.

Conforme a lo explicado en el párrafo anterior, en el presente caso, la Sociedad estaría adquiriendo el control de BZRP, de manera indirecta. Esto es debido a que, si bien no adquiere un 30% o más de las acciones de BZRP, suscribe un pacto de voto con una accionista que ostenta un 28% de las acciones de BZRP.

De conformidad con el artículo 5.1 b) del RD 1066/2007, se atribuirá a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan a las demás personas que actúen en nombre propio pero de forma concertada con ella. En el presente caso D^a. Natalia habría suscrito un pacto de voto con la Sociedad, con el fin de obtener el control de BZRP. El control se producirá debido a que, conforme a ese pacto de voto, ambas personas podrán desarrollar una política común de gestión de la sociedad cotizada con el objetivo de influir en la misma y con el fin de influir también en el consejo de administración de BZRP. Por ello, la Sociedad también estará obligada a lanzar una OPA de acciones al adquirir el control de BZRP por la adquisición del 12% de la compañía y junto con el pacto de voto suscrito don Dña. Natalia, quien ostenta un 28% de las acciones de BZRP.

De conformidad con doctrina, *“la función de la obligación de formular una oferta pública de adquisición no es otra que evitar la elusión de la obligación de emisión de una OPA fragmentando o troceando la compra de las acciones entre varios sujetos que, presentándose como independientes, actúen en realidad en cumplimiento de un previo pacto o entendimiento para obtener el control de la sociedad. Pero no es el simple concierto lo que desencadena la OPA, sino la adquisición de una participación de control. Se trata por ello de una simple regla anti-fraude”*¹⁸

Cuando expone el concepto de concierto, se refiere a él como la situación en la que varios accionistas han adquirido sus acciones independientemente, pero acordando a posteriori sindicar sus derechos de voto por encima del umbral de control, a fin de ejercitar una participación conjunta que permita ostentar el control de la compañía. De esta forma, se

¹⁸ García de Enterría, J., *Sobre el concierto en materia de OPA obligatoria: concierto en la adquisición de acciones y concierto en el ejercicio de los derechos de voto*, Almacén de Derecho, 3 de enero de 2023. Disponible en: [<https://almacenederecho.org/sobre-el-concierto-en-materia-de-opa-obligatoria-concierto-en-la-adquisicion-de-acciones-y-concierto-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-voto>]. Última consulta, 04/12/2023.

entiende que el concierto comprende tanto contratos y acuerdos expresos, como otros pactos tácitos, de forma verbal o informal, cuya finalidad sea obtener el control. Sin embargo, en muchas ocasiones estos pactos se mantienen en privado y no existen indicios para afirmar que está teniendo lugar una compra de acciones con dicha conducta paralela, concertada previamente por los adquirentes. Un ejemplo de ello, en el comunicado de la CNMV de 23 de diciembre de 2022, en relación con un hecho controvertido en el caso de Indra Sistemas S.A. Entre los hechos acaecidos, la CNMV no tenía pruebas para demostrar la existencia de tales pactos pero las conductas de los adquirentes tras la adquisición de acciones, permitieron presumir que tales adquisiciones fueron concertadas.

En conclusión, cuando se lleve a cabo una adquisición de acciones, de forma que se adquiera el control de una sociedad cotizada por un concierto previo con un accionista, cuyo porcentaje total de derechos de voto haga obtener el control, generará automáticamente la obligación de lanzar una OPA de las acciones. Sin embargo, si este concierto es simplemente tácito o informal, no se desprenderá tal obligación.

En el presente caso, conocemos la intención de la sociedad de suscribir el pacto de voto con D^a. Natalia, quien ostenta el 28% de los derechos de voto. Por tanto, dicha operación dará lugar a la formulación obligatoria de una OPA, de conformidad con el artículo 5.1 b) del RD 1066/2007.

2.2.3 Adquisición del 100% de las acciones de BZRP para eliminar la presencia de socios minoritarios que puedan complicar la futura gestión de la sociedad.

Si la Sociedad desea adquirir el 100% de las acciones de BZRP, con el objetivo de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pueda complicar la futura gestión de la sociedad, será necesario que BZRP, valore la exclusión de negociación de sus acciones de los mercados regulados.

Para ello, la Sociedad deberá, de conformidad con el artículo 82.2 del RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LMV, promover una OPA dirigida a todos los valores afectados por la exclusión. La exclusión de negociación de las acciones de BZRP, puede ser promovida por ella misma o por un tercero. Una opción válida sería que la Sociedad emitiera una OPA del 100% de las acciones de la compañía y que luego ella misma, siendo la Sociedad su accionista único, promoviera la exclusión de negociación de sus

acciones en el mercado de valores.

Con respecto a la contraprestación, el artículo 10.3 del RD 1066/2007 obliga a que en las OPAs de exclusión sea obligatoriamente en dinero. Ello se justifica en la protección de los minoritarios por la pérdida de liquidez de las acciones tras la exclusión de la cotización. Así lo refleja la STS núm. 2414/2002 de 23 de mayo de 2005, como *“una contrapartida institucional a la pérdida de liquidez derivada de la exclusión de la negociación bursátil, que pretende otorgar la posibilidad a los titulares de los valores de venderlos a un precio en condiciones de equitatividad mediante la obtención de una compensación justa y en metálico para los accionistas que decidan aceptarla y evitar los perjuicios derivados al accionista minoritario por la eventual pérdida de valor de la acción que origina la reducción de su liquidez”*.

Siguiendo con la redacción del artículo 10 del RD 1066/2007, en el momento en el que la sociedad acuerde su exclusión, promoverá dicha oferta en los términos establecidos en dicho artículo a no ser que por concurrir algún supuesto del artículo 11 del RD 1066/2007, dicha oferta de exclusión no sea imprescindible. La oferta se dirigirá a los titulares de las acciones de la cotizada, incluidos aquellos titulares de acciones sin voto. También, se dirigirá la oferta a titulares de derechos de suscripción de acciones y de obligaciones convertibles y canjeables en acciones. La junta general será la encargada de acordar la exclusión y los términos relativos al precio y a la oferta la cual podrá ser formulada por la sociedad, si cuenta con la aprobación de la junta de accionistas, además de por el tercero que desea adquirir las acciones.

Será preceptivo un informe de valoración, de conformidad con el artículo 34.5 LMV, el cual justificará la propuesta y el precio ofrecido basada en los resultados obtenidos a partir de los métodos que describe dicho artículo.

Por último, el precio de la oferta, fijado por la sociedad, no podrá ser inferior al mayor que resulte del precio equitativo, de conformidad con el artículo 9 del RD 1066/2007, y del precio calculado por los métodos de su apartado 5. Una vez efectuada toda la operación, los valores quedarán efectivamente excluidos de negociación cuando se liquide la operación.

Conforme al artículo 11b) del RD 1066/2007, existe la posibilidad de que los accionistas de BZRP decidan acordar por unanimidad la exclusión de negociación renunciando

a vender sus acciones en régimen de OPA. Es decir, que podrían pactar un precio con el comprador en virtud de un contrato privado de compraventa.

En conclusión, BZRP podrá promover una OPA por la exclusión de sus valores en los mercados secundarios oficiales españoles. No obstante, también existe la posibilidad de que la Sociedad firme con BZRP un contrato privado de compraventa de sus acciones. Esto solo sería posible si así se acuerda por unanimidad en la junta general de accionistas de BZRP. Si así se acordase, se podría llevar a cabo la compraventa mediante el acuerdo establecido en el contrato privado de compraventa y posteriormente, la Sociedad podría solicitar la exclusión a la CNMV de sus acciones del mercado de valores.

2.2.4 Aplicación de la normativa de defensa de la competencia por una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de BZRP.

De conformidad con el artículo 7.1 b) LDC, se produce una concentración económica cuando tiene lugar un cambio de control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de la adquisición del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. De acuerdo con lo anterior, el punto segundo del mismo artículo determina que el control resultará de cualquier medio por el cual se permita influir de manera decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de la empresa.

Al hilo de lo anteriormente explicado, es importante también atender a lo dispuesto en el artículo 8 de la LDC, en el que se determina que el procedimiento de control se aplica a las concentraciones económicas cuando se adquiera la participación del 30% o más del mercado relevante de un producto o servicio.

Hay que destacar que no es lo mismo la adquisición de un 30% de las acciones de una sociedad cotizada, que la adquisición de un 30% de la cuota de mercado relevante de un producto o servicio. No obstante, el primer caso puede dar lugar al segundo. Por ello, es necesario saber que, de conformidad con el artículo 9 de la LDC, las concentraciones económicas que tengan lugar conforme a lo establecido en el artículo 8, deberán comunicarse a la CNMC antes de su ejecución. Hasta que la CNMC no haya autorizado expresa o tácitamente la posibilidad de llevar a cabo la operación, la concentración económica no podrá ejecutarse.

En conclusión, podría surgir una importante condición suspensiva de la operación, cuya decisión depende de la autorización de la CNMC para la ejecución de esta. Dicho organismo deberá encargarse de controlar que se cumplen los requisitos legales en la operación de adquisición y también de evitar posibles abusos de posición dominante o prácticas restrictivas de la competencia en el mercado español.

Es importante tener en cuenta que la información de la operación deberá ser proporcionada a la CMC antes de llevar a cabo la operación y, conforme a su decisión final, podrá ejecutarse o no. Si la CNMC autoriza la operación, se ejecutará sin problema. Si no la autoriza, se cumpliría la posible condición suspensiva pactada en el contrato. Y si la autoriza parcialmente, existirían unas condiciones que sujetarían la ejecución al cumplimiento de una serie de actos a posteriori como medidas para garantizar la competencia efectiva. En conclusión, la ejecución de la operación puede quedar condicionada a la obtención de la autorización y por ello la Sociedad debería redactar una condición suspensiva en el contrato de compraventa en el caso de la adquisición del 100% de la cotizada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Unión Europea. Reglamento (CE) 207/2009 DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE núm. 294, de 08 de diciembre de 2001).
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 04 de julio de 2007).
- 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. (BOE núm. 255, 24 de octubre de 2015).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03 de julio de 2010).
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996).

- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985).
- Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2007).
- Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas [...]; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y [...] y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023, páginas 90565 a 90788).
- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE núm. 139, de 8 de junio de 1996, páginas 18977 a 18988).

2. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2015, asunto C125/14.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de noviembre de 1997, asunto C-251/95.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de junio de 1999, asunto C-342/97.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de marzo de 2020, asunto C-328/18.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 406/2015, de 15 de julio de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 138/2009, de 6 de marzo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 531/2013, de 19 de septiembre de 2013.

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 324/2017, de 24 de mayo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6110/2012, de 23 de junio de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 608/2014, de 12 de noviembre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1582/2020, de 23 de noviembre de 2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2414/2002, de 23 de mayo de 2005.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 656/2018, de 6 de julio de 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 1386/2012, de 20 de julio de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 14544/2015, de 1 de septiembre de 2015.

3. OBRAS Y REVISTAS DOCTRINALES

- Martínez-Cortés Gimeno, J., El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 65, 2016, p.43.
- Sánchez-Calero Guilarte, J., La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad en Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015 p. 904.
- Valpuesta Gastaminza, E., Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital, Bosch, Madrid 2015 p. 622.
- Benavides Velasco, P., El derecho de información de los socios en las sociedades de capital, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 302, 2016, p. 240
- Martínez-Gijón Machuca, P., Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 47, 2016, p. 88.
- Rubio Vicente, P.J., La aportación de empresa en la sociedad anónima, Valladolid,

2001, p. 585.

- Uría, R. Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 2002, p.397.
- Carretero E., El precio equitativo en la regulación de las ofertas públicas de adquisición de valores, Revista de Derecho Mercantil de Mercado de Valores, nº17, 2015, p.5.

4. RESOLUCIONES

- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 28 de marzo de 2022, publicada en el BOE núm. 93, de 19 de abril de 2022, páginas 53437 a 53447.
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 15 de septiembre de 2008, publicada en el BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2008, páginas 41038 a 41041.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de marzo de 2019, BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2019, páginas 31993 a 32000.
- Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019, publicada en el BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2019, páginas 22791 a 22833.

5. RECURSOS DE INTERNET

- Resolución núm. 99/2014 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, consulta nº5, publicada en el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y auditoría de cuentas.
- Conclusiones del Abogado General, Nils Wahl, presentadas el 24 de marzo de 2015 en el asunto C-125/14.
- García de Enterría, J., Sobre el concierto en materia de OPA obligatoria: concierto en la adquisición de acciones y concierto en el ejercicio de los derechos de voto, Almacén de Derecho, 3 de enero de 2023. Disponible en: [<https://almacenederecho.org/sobre-el-concierto-en-materia-de-opa-obligatoria-concierto-en-la-adquisicion-de-acciones-y-concierto-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-voto>]. Última consulta, 04/12/2023.
- Recalde Castells, A. Y Martínez Flórez, A., Comentarios de la sentencia del Tribunal

Supremo de 24 de mayo de 2017 (324/2017), la cancelación registral de las sociedades de capital no extingue su personalidad jurídica. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-34]. Última consulta, 04/12/2023.