



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Especialidad Derecho de la Empresa

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Curso 2023/2024

Alumna: Gala María Luis Lazo

Tutor: Sebastián Sáenz de Santamaría

ÍNDICE

Parte 1	1
Pregunta 1.....	3
Pregunta 2.....	7
Pregunta 3.....	9
Pregunta 4.....	11
Parte 2	12
Pregunta 1.....	12
Pregunta 2.....	16
Pregunta 3.....	18
Parte 3	20
Pregunta 1.....	20
Pregunta 2.....	24
Pregunta 3.....	26

ANTECEDENTES

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

PARTE 1

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

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

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

En primer lugar, es necesario extraer cuales son las irregularidades fiscales presentadas por los ingresos derivados de los conciertos virtuales a través de la plataforma TikTok, para poder realizar un exhaustivo análisis de la idoneidad de regularizar la contingencia.

Por ello, debemos mencionar los 2 impuestos que es necesario abonar por los ingresos recibidos de los mencionados conciertos, los cuales son: (i) el Impuesto de Sociedades y (ii) el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Impuesto de Sociedades

El Impuesto de Sociedades, (en adelante “IS”), viene regulado por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante “LIS”) y por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

Este impuesto, es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas de acuerdo con las normas de previstas en la LIS.¹ El hecho imponible de este impuesto es la renta obtenida por el contribuyente, cualquiera que fuera su origen.

Con carácter general, el gravamen del IS para los contribuyentes asciende a un 25%, sin embargo, para las entidades cuyo importe neto de cifra de negocios del periodo positivo inmediatamente anterior sea inferior a 1 millón de euros, se le aplica el tipo reducido del 23%.² Al no contar con suficientes datos se estima que es de aplicación el gravamen general del 25%.

Impuesto sobre el Valor Añadido

El Impuesto sobre el Valor añadido (en adelante “IVA”) viene regulado por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante “LIVA”) y por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el IVA.

¹ Artículo 1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

² Artículo 29 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Este impuesto es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y grava, en la forma y condiciones previstas en la LIVA³, diferentes operaciones. Este impuesto es de aplicación en el caso concreto por la prestación de servicios (los conciertos virtuales) efectuados por la mercantil.

El tipo impositivo general es del 21%, y pese a que según el artículo 91.2.6º de la LIVA, los conciertos están sometidos al tipo reducido del 10%, las ganancias obtenidas a través de la plataforma TikTok, se gravan al 21%.

Sin embargo, para hacer un estudio detallado del total que le es debido a la AEAT, en concepto del IVA, sería necesario conocer otros datos de los que no tenemos información, como el IVA soportado por la propia mercantil, que minoraría el IVA devengado.

Impuesto de Actividades Económicas

El Impuesto sobre las Actividades Económicas (en adelante “IAE”), se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, además de otros decretos que establecen, por ejemplo, que es gestionado por los Ayuntamientos donde se encuentre domiciliada la mercantil.

Este impuesto, somete a gravamen el desarrollo de actividades empresariales, en el territorio nacional, que se estructura en base a unas tarifas las cuales están destinadas a clasificar todas las actividades económicas, ordenándolas en divisiones, agrupaciones, grupos y epígrafes y una instrucción para la aplicación de estas tarifas.⁴

Por lo tanto, en el caso de que no estuviera regularizada la mercantil, se ha de presentar también la declaración de alta en el censo de empresarios o profesionales (mediante el modelo 036) y la declaración de alta en el IAE (modelo 840).

³ Artículo 1 la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

⁴ Más en: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/declaraciones-informativas-otros-impuestos-tasas/impuesto-sobre-actividades-economicas/que-iae.html>

Regularización de la situación fiscal

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante “LGT”) establece en su artículo 191 que constituye una infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido la deuda o parte de ella que debiera de resultar de la correcta liquidación del tributo.

Este mismo artículo clasifica las infracciones en consideración a su gravedad, en (i) leves, (ii) graves y (iii) muy graves. En este caso, la sanción es grave, puesto que la base de la sanción es superior a 3000€ y existe ocultación.

- Sanción superior a 3000€

Según el citado artículo, la sanción por infracción grave consistirá en la multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 %, graduándose conforme a los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública, con los incrementos porcentuales previstos para cada caso en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 187 de la LGT. Por todo lo anterior y atendiendo a que los ingresos superan el millón de euros, la sanción sería superior a 3000€.

- Ocultación

Esta ocultación existiría, puesto que la mercantil es conocedora de la situación irregular de la empresa a través de la *due diligence* efectuada.

Por lo tanto, en el caso de que no se efectuara la correspondiente regularización fiscal y fuera este importe reclamado por la AEAT, la mercantil no solo se enfrentaría a una sanción pecuniaria muy elevada, sino que podría incurrir (en consideración al importe dejado de ingresar en la AEAT) en los delitos tipificados por el Código Penal⁵ (en adelante “CP”) en los artículos 305 y siguientes, considerando la acción realizada como un delito contra la Hacienda Pública que podría llevar a aparejadas numerosas sanciones, entre las que son necesarias mencionar la disolución de la mercantil, la suspensión de sus actividades o inhabilitación para obtener subvenciones entre otras.

⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En este sentido, finalmente es necesario tener en consideración que la irregularidad fiscal corresponde con el ejercicio 2020 y que según el artículo 66 de la LGT, el plazo de prescripción es de 4 años, a contar desde el día siguiente al que terminó el periodo de liquidación voluntaria⁶.

Sin embargo, al ser un plazo de prescripción, puede interrumpirse de numerosas formas, por lo que en consideración a las sanciones que pueden imponerse, lo más aconsejable es realizar una regularización de la situación financiera mediante la presentación de la declaración extemporánea, pese a que el artículo 27.2 de la LGT establezca por ello un recargo.

2. La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), la cual se concedió el 20 de octubre del 2022, y se publicó el 10 de diciembre de ese mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Sin embargo, la cantante Dña. Rosario García-Despechá ha interpuesto una acción ante los tribunales correspondientes alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes motivos:

- (i) Su derecho es anterior en el tiempo al registro de la marca “MOTOPAPI” y, pese a no estar registrado en la OEMP, se considera marca de renombre debido a su conocimiento por cerca del 40% de los consumidores del mercado,**
- (ii) Su marca y logo podrían confundirse fácilmente con la de la Sociedad por su similitud fonética y aspecto visual (apenas dos letras de diferencia)**
- (iii) Dña. Rosario ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España). Valore la viabilidad de las reclamaciones de Dña. Rosario y si la Sociedad tendría cauces sólidos de defensa.**

⁶ Artículos 6 y 7 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas (en adelante “ley de Marcas”), establece en su artículo 1 que para la protección de los signos distintivos se concederán como derecho de propiedad industrial las marcas y los nombres comerciales. Así, el artículo 2 establece que este derecho sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la mencionada ley.

Por ello, cabe aducir en primer lugar, que, de conformidad con la legislación vigente, la Sociedad posee la propiedad intelectual de la marca MOTOPAPI, puesto que ha quedado válidamente constituida mediante el registro y la correspondiente publicación.

Sin embargo, las marcas con renombre gozan de protección por el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 8 de la Ley de Marcas, establece que no podrá registrarse una marca que sea idéntica o similar a una marca anterior, si goza de renombre en España o la Unión Europea.

Tal es la protección que se les otorga a las marcas renombradas, que se realiza también a través de la legislación comunitaria, puesto que el artículo 8 mencionado es una transcripción del artículo 4.4 de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, y del artículo 5.3 de la actual Directiva (UE) 2015/2436, del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, para la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas.

La sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2008 (asunto C-252/07), establece que para determinar si existe o no un vínculo entre las marcas debe atenderse a los siguientes factores:

- El grado de similitud de las marcas en conflicto.
- La naturaleza de los productos o servicios para los que se registraron las marcas.
- La intensidad del renombre.
- La fuerza del carácter distintivo de la marca anterior
- La existencia de un riesgo de confusión por parte del público.

Por todos estos motivos la demanda que quiere interponer Dña. Rosario sí que tiene sólidos argumentos y visperas de prosperar, puesto que (i) el grado de similitud de las marcas en conflictos es elevado, puesto que solo se diferencian dos letras; (ii) en cuanto a la naturaleza de los productos suponemos que es la misma, puesto que Dña. Rosario es cantante y la Sociedad está dentro de la industria musical; (iii) la marca es conocida por el 40% de los consumidores del mercado y (iv) ha invertido en publicidad una cantidad muy elevada de dinero, que supera solo en España los 10 millones de euros.

A mayor abundamiento, Dña. Rosario podría iniciar cualquiera de los dos procedimientos:

- (i) **La acción de nulidad:** la relativa y la absoluta, que están previstas en los artículos 51 y 52 de la LM. Además, la nulidad absoluta de una marca registrada es imprescriptible.
- (ii) **La acción reivindicatoria:** que está prevista en el art. 2.2 LM y establece un plazo de prescripción de 5 años a contar desde la publicación del registro o desde a fecha en que hubiera comenzado a utilizarse la marca.

En conclusión, Dña. Rosario tiene sólidos argumentos de defensa y grandes expectativas de que prospere las acciones judiciales que se interpongan.

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

En primer lugar, es necesario mencionar que D. Patricio Quevedo está vinculado a la Sociedad por un contrato de alta dirección, por lo que no se rige por el Estatuto de los Trabajadores (en adelante “ET”), sino por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. (en adelante “Real Decreto”).

En consonancia con lo descrito, el despido que se quiere efectuar es por causas económicas, al haber reducido la cuota de mercado en las Islas Canarias. Sin embargo, para entender que concurren estos motivos es necesario atender a que el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada uno de los 3 trimestres es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Así está previsto en el artículo 51 del ET, que se aplica incluso en las relaciones de alta dirección puesto que hay remisión expresa en el Real Decreto mencionado.

En el caso expuesto es complicado que pueda probarse y exista esta causa económica, puesto que la disminución en la cuota de mercado en las Islas Canarias influya en la cuota de mercado en la península que es donde la Sociedad presta sus servicios. Por todo lo anterior, el riesgo de que se tenga que pagar la cláusula de blindaje que asciende a 900 mil euros es bastante elevado.

Por todo ello, la única posibilidad de pagar menos es porque se declarara el despido procedente y las causas objetivas mencionadas estuvieran bien acreditadas, puesto que las cláusulas de blindaje no son de aplicación en esta tipología de despido.⁷

Todo lo anterior, es de aplicación partiendo de la hipótesis de que la cláusula de blindaje es legal y cumple con los requisitos exigidos, respondiendo a la autonomía de la voluntad de las partes, no siendo contraria a derecho y no resultando abusiva.

4. Valore, en relación con las tres contingencias anteriores, cuáles serían los mecanismos contractuales de protección más efectivos para incluir en el

⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de abril de 2005 AS 2005/1998

contrato de compraventa de participaciones que está negociando el Grupo con los vendedores de la Sociedad.

En la cuestión planteada, cabe la posibilidad de establecer un sistema de protección contractual que tenga por finalidad establecer los límites de responsabilidad de las partes contratantes y, para ello es necesario incluir las cláusulas relativas a las *representatios and warranties* (en adelante “*reps & warranties*”) que están presentes en cualquier procedimiento de M&A.

Estas cláusulas son una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que, pese a que en este momento se expongan diferentes posibilidades en el clausulado a modo de garantía, estas deberán de estar sometidas a discusión por las partes.

En cuanto a las estipulaciones más comunes para evitar este tipo de contingencias, es necesario mencionar la relativa los vicios ocultos de la mercantil objeto de venta, siendo en este caso PRODUCCIONES GASOLINA,S.L.

Estas responsabilidades podrían fijarse entre los 12 y 24 meses después de la compra, fijando ciertas excepciones como las responsabilidades fiscales, laborales o administrativas para las cuales se puede establecer un periodo de garantía igual a la de su prescripción.

En cuanto a los límites cuantitativos de la responsabilidad, se pueden fijar diferentes umbrales para las que el vendedor será responsable, tanto el límite mínimo como el máximo por el que responderá el vendedor; cantidades que no pueden fijarse al no disponer de todos los datos de la mercantil.

Otro de los paquetes de garantías contractuales que pueden establecerse, son las *indemnities*, las cuales están previstas para riesgos que ya son conocidos e identificados y, por lo tanto, se excluyen de las *reps & warranties*.

Por lo tanto, para las contingencias conocidas, se podrían establecer garantías, como regular la cuantía que tiene abonar la sociedad para despedir a D. Patricio Quevedo o el importe a abonar a la AEAT.

PARTE 2

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

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

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

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

En primer lugar, para el reparto de dividendos es necesario acudir a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”).

Esta vigente legislación establece que para el reparto de dividendos es necesario tener en consideración (i) el patrimonio neto, (ii) el capital social, (iii) las pérdidas de los ejercicios anteriores y (iv) el importe destinado a la investigación y desarrollo (en adelante “I+D”) que figuren en el activo del balance.

En consideración a lo anterior, el patrimonio neto resultante es de -10 millones de euros, puesto que tal cantidad se obtiene de la diferencia entre los activos y pasivos de la Sociedad. A tal efecto, los conceptos de la sociedad computables en esta operación son: el capital social, las diferentes reservas (legal y estatutaria, voluntaria y de revalorización), las aportaciones de los socios (cuenta 118 PGC) y el beneficio del último ejercicio; del mismo modo es necesario también computar las pérdidas acumuladas de los anteriores ejercicios.

Cabe resaltar que el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, establece que la cuenta 118 forma parte de los fondos propios de la sociedad, por lo tanto, no se constituyen como ingresos a nivel contable, sino que forman parte del balance de la sociedad y, al enmarcarse en el subgrupo 11 “Reservas y otros instrumentos de Patrimonio” se toman en consideración en el patrimonio neto.

En consonancia con lo anterior, la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de cuentas⁸, señala que las aportaciones de los socios sin contraprestación y en proporción a su participación en la sociedad, se contabilizarán en el patrimonio neto.

En cuanto al concepto de los préstamos participativos con sociedades del grupo, estos no computan en el patrimonio neto de la mercantil, puesto que no tienen la consideración de

⁸ Artículo 9 de la Resolución mencionada.

fondos propios, ya que únicamente se computan como patrimonio neto a efectos de liquidación de la sociedad según el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

En cuanto al resto de factores a tener en cuenta a la hora del reparto de dividendos, el capital social es de 50 millones, las pérdidas de los ejercicios anteriores aumentan a 130 millones y desconocemos el importe destinado a I+D, por lo que no lo tendremos en consideración.

A tal efecto, el artículo 273 de la LSC, no permite el reparto de dividendos cuando el patrimonio neto es inferior al capital social. Por lo que en un primer acercamiento no podría realizarse el reparto solicitado.

A mayor abundamiento la sociedad está incurso en una causa de disolución, puesto que en virtud del artículo 363.1 e) de la LSC, se configura como causa de disolución que el patrimonio neto sea inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se reduzca o aumente en la medida suficiente. Para evitar la disolución y poder realizar un reparto de dividendos en el futuro, sería necesario computar los préstamos participativos mencionados con anterioridad.

Para el reparto de dividendos, existiría una posibilidad, la cual consiste en realizar en primer lugar un aumento de capital, capitalizando los préstamos participativos del grupo, para después realizar la correspondiente reducción, con cargo a las reservas voluntarias. Sin embargo, los préstamos participativos son con sociedades del grupo y desconocemos los términos en que se han efectuado; por lo que cabría la posibilidad de que las mercantiles filiales, se convirtieran en accionistas de la Sociedad al realizar esta operación.

En consecuencia, con lo descrito, se tendría que realizar un aumento de capital y, el artículo 295.2 de la LSC establece que *“se podrá realizar con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de créditos contra la sociedad”*. Al respecto, el artículo 301 de la LSC detalla el aumento

por compensación de créditos, los cuales habrán de ser totalmente líquidos y exigibles, teniendo que desarrollarse del siguiente modo:

- (i) Poner a disposición de los socios un informe del órgano de administración con los requisitos que prevé la legislación al tiempo de la convocatoria de la Junta General y hacer constar en dicha convocatoria que el informe está disponible para su consulta.
- (ii) Aprobar el aumento de capital en la junta general con lo dispuesto sobre la modificación de los estatutos de la Sociedad, ejecutando tal ampliación y elevándolo finalmente a público para inscribirlo en el correspondiente Registro Mercantil.

Una vez finalizado el procedimiento de ampliación, la sociedad contará con un capital social de 120 millones.

De este modo, para poder realizar un reparto de dividendos con cargo a reservas será necesario posteriormente efectuar una reducción de capital, puesto que según lo dispuesto en el artículo 317.1 de la LSC, *“la reducción del capital puede tener por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias o la devolución del valor de las aportaciones”*.

Así, la reducción se tiene que realizar para dotar la reserva voluntaria y para realizar este procedimiento una vez más tiene que aprobarse mediante el acuerdo de la junta general, con los requisitos de la modificación de los estatutos.

En cuanto a la disponibilidad o indisponibilidad de las reservas voluntarias, cabe destacar la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante “DGSJyFP”)⁹ de 16 de noviembre de 2015, que establece que la constitución de las reservas voluntarias mediante la reducción del capital debería de establecerse

⁹ En el año 2015, dirección General de Registros y de Notariado

con carácter indisponible a no ser que se otorgase la debida protección a los acreedores de la sociedad.

Por todo lo anterior y, otorgando la debida protección a los acreedores, se puede disminuir el capital social de 120 millones (ampliado previamente) a 50 millones, aumentando la reserva voluntaria de los 10 millones previos a 80 millones de euros.

Para realizar el reparto de dividendos es necesario acudir de nuevo a lo dispuesto en el artículo 273 de la LSC, contando actualmente con un patrimonio neto de 60 millones de euros y un capital social de 50 millones, la mercantil podrá repartir 10 millones de dividendo con cargo a la reserva voluntaria.

Los 5 millones resultantes del beneficio del último periodo, se tendrían que destinar a compensar las pérdidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 273 LSC. Así, siguiendo con lo establecido en la normativa legal para el reparto de beneficios se entiende que no hay gastos destinados al I+D.

Finalmente, en cuanto al reparto de los dividendos, sería necesario acudir a los estatutos de la Sociedad, por si existen normas especiales y diferentes de las previstas en la legislación vigente. En el caso de que esto no fuese así, se dividirán proporcionalmente a la participación que ostenten los socios en la mercantil, de conformidad con los artículos 273 y siguientes de la mencionada regulación.

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

Consejo de Administración por los daños causados por infracción del deber de lealtad.

En primer lugar, es necesario esclarecer que por regla general no es posible, puesto que el derecho de representación proporcional que se alega no está previsto en la legislación vigente para las sociedades de responsabilidad limitada.

Sin embargo, es necesario mencionar la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009¹⁰, en la que admitía el derecho de representación proporcional en el caso de una Sociedad Limitada, puesto que estaba previsto el ejercicio de este derecho en los estatutos de la misma, puesto que *“el precepto estatutario no contiene ninguna otra regla que se pueda considerar incompatible con la ley o los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada”*.

Así, el Alto Tribunal establece que, (i) el silencio de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no implicaba la prohibición de este derecho, (ii) el ejercicio de este derecho no implica que el nombramiento de los Consejeros no sea competencia de la Junta General, (iii) que pese a que no está admitido por el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 191) no puede tomarse como argumento por el principio de jerarquía normativa y (iv) los propios socios pactaron este derecho y tal acto, no es contrario a la autonomía de la voluntad.

A mayor abundamiento, la prohibición del nombramiento por el sistema de representación proporcional o cooptación previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, queda suplido por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de marzo de 2022, que permite inscribir en el Registro una cláusula que prevé la representación proporcional en una sociedad limitada, tomando como base el texto de la regulación de la representación proporcional prevista para la Sociedad Anónima (Art. 243 LSC).

¹⁰ Sentencia del tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009. STS 138/2009.

En conclusión, de lo expuesto anteriormente, únicamente se puede ejercer este derecho en las Sociedades de Responsabilidad Limitada cuando esté previsto en sus propios estatutos, ya que la legislación no lo prevé expresamente.

Por todo lo anterior, sería necesario acudir a los estatutos de la sociedad para comprobar que está previsto este derecho de representación proporcional y que así D. Omar, pueda nombrar como consejero a D. Lewis García. En caso contrario, no podrá ejercer este derecho puesto que es inexistente.

Por ello, no podrá prosperar una acción de responsabilidad contra el Consejo de Administración si en los estatutos de la mercantil no queda previsto tal condición.

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

En primer lugar, es necesario establecer que el derecho de información es uno de los derechos mínimos y esenciales de la condición de socio, previsto así en el artículo 93 de la LSC.

Este derecho de información de D. Omar, está condicionado a la Junta General convocada y en virtud del artículo 196 de la misma legislación anunciada, D. Omar sí que puede solicitar verbalmente o por escrito, con anterioridad a la reunión, los informes o aclaraciones que estime precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

Como D. Omar posee un 25% del capital social, no se le podría denegar tal solicitud de información en virtud del mencionado artículo.

Sin embargo, también es necesario tener en consideración que existen límites al ejercicio de este derecho por parte del socio, pese a ostentar el 25% del capital social, puesto que sí se le podría denegar si realiza un ejercicio abusivo del mismo, como en este caso, para entorpecer el ejercicio del consejo de Administración.

Al respecto nos encontramos diferente jurisprudencia que aborda esta cuestión, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de octubre de 2021¹¹, en la cual se le deniega el derecho de información a un socio que poseía más el 25% del capital social, puesto que ejerce este derecho de manera abusiva, ya que la información solicitada se excede de lo necesario para debatir los puntos del orden del día fijados en la convocatoria de la junta.

Por todo lo anterior, es necesario reiterar que para contestar con precisión a esta cuestión es necesario saber el orden del día de la convocatoria y comprobar que el derecho de información que se solicita es relacionado con los puntos del orden del día y no se excede de sus límites.

¹¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª). Sentencia núm. 385/2021 de 25 octubre. JUR 2022\40728

PARTE 3

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

- 1. Se ha identificado a una de las filiales de la Sociedad, Summer Sound, S.L.U., cuyo objeto social es la organización de festivales, como uno de los focos principales de pérdidas, puesto que los resultados de esta línea de negocio no dan el fruto esperado desde hace varios años. Sin embargo, una de las subfiliales controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U., la sociedad Summer Sound Barcelona, S.L.U. sí que presenta resultados positivos y unas altas cifras de ventas. La Sociedad nos pregunta para que le prestemos asesoramiento sobre:**

(i) las distintas alternativas para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad

En este caso se podrían llevar a cabo diferentes operaciones, contando cada una de ellas con ventajas e inconvenientes, en las distintas modificación estructurales presentadas.

Entre las cuales cabe destacar (i) Escisión total de la Sociedad Summer Sound, S.L.U; (ii) la escisión parcial de la mercantil Summer Sound S.L.U o finalmente (iii) la absorción de la participada Summer Sound Barcelona, S.L.U. de manera indirecta.

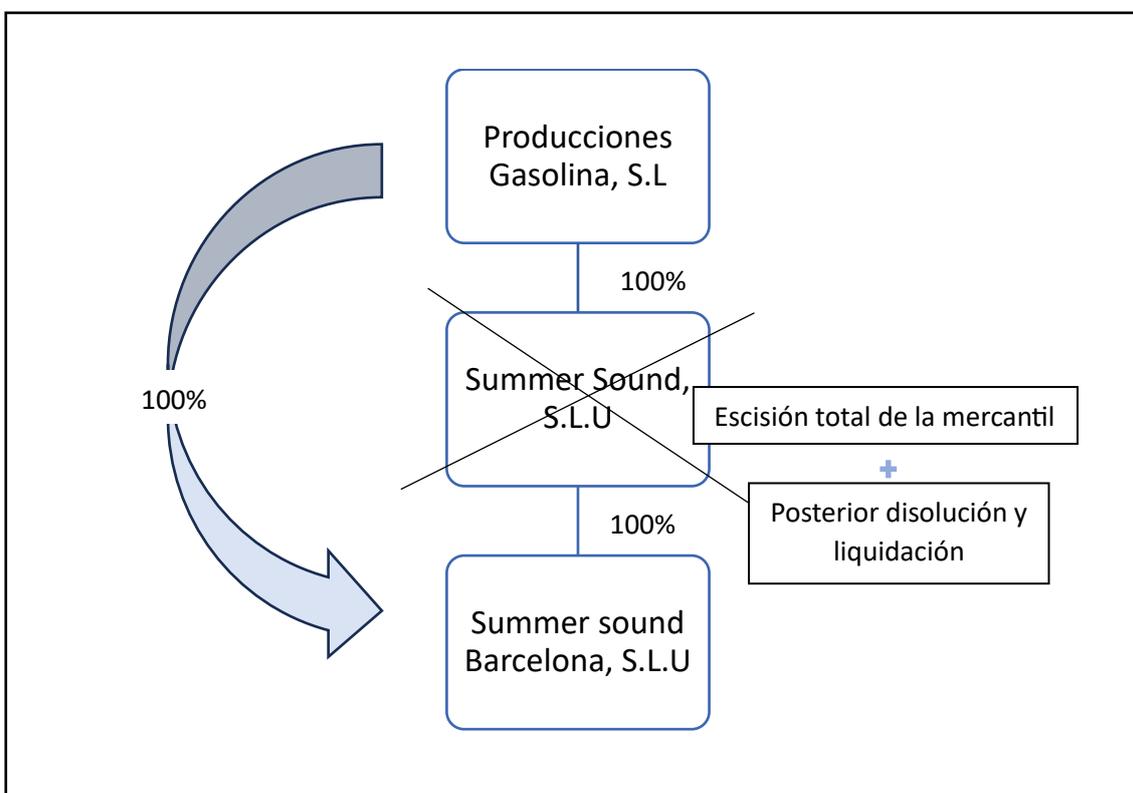
Existen otras posibilidades como la compraventa de las participaciones a Summer Sound, S.L.U o la fusión de por absorción de Producciones Gasolina, S.L. a Summer Sound, S.L.U.

Escisión total de la mercantil Summer Sound, S.L.U

Mediante este proceso de escisión se extinguiría totalmente la Sociedad intermedia, dividiéndose su patrimonio en diferentes unidades económicas, cada una de las cuales se transmitiría en bloque por sucesión universal a Producciones Gasolina, S.L.

Así, la mercantil Summer Sound, S.L.U pasaría a estar controlada al 100% por la Sociedad, desapareciendo con ello la Limitada Summer Sound.

Sin embargo, desconocemos si Summer Sound, como matriz de un grupo cuenta con más filiales para poder establecer con claridad el destino de estas.

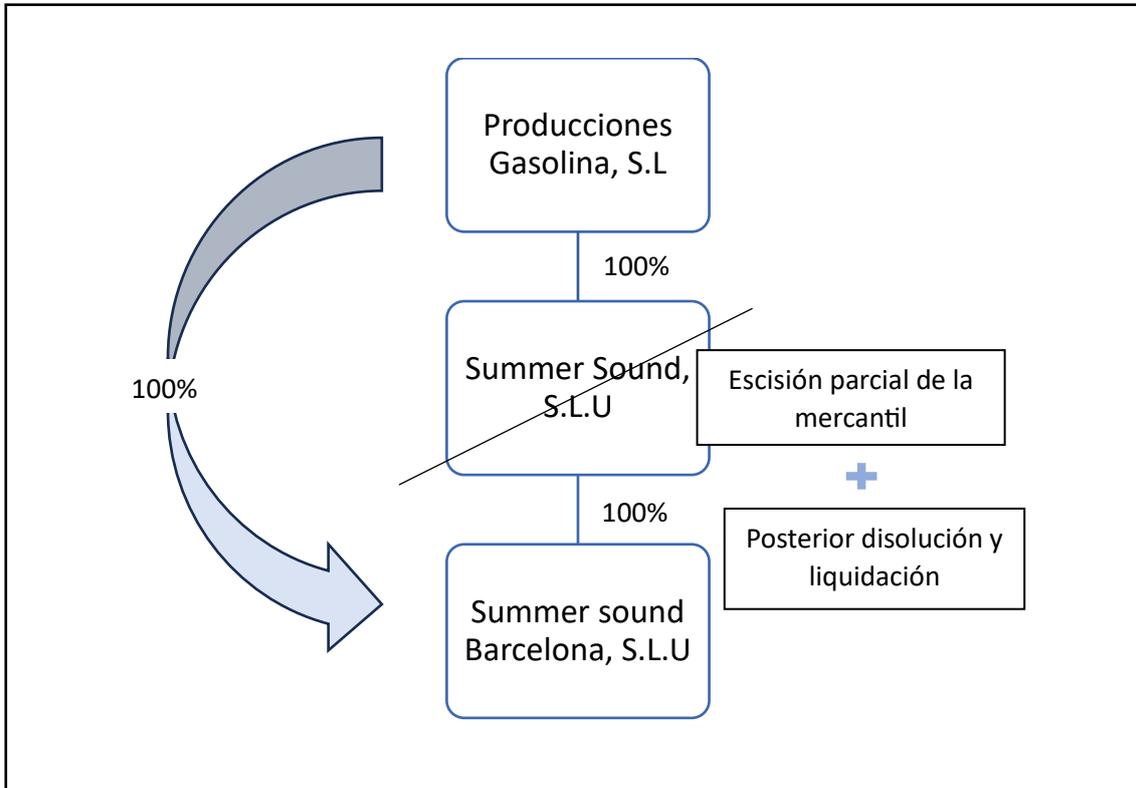


Escisión parcial de la mercantil Summer Sound, S.L.U

Otra de las modificaciones estructuras que se podrían plantear en este caso, es la escisión parcial, en la que se transmitiría la unidad económica correspondiente con la mercantil Summer Sound Barcelona, S.L.U., consiguiendo con ello el objetivo planteado de que estuviera controlada al 100% por la Sociedad.

Sin embargo, como desventajas, el foco de pérdidas generado por Summer Sound seguiría activo. Otra de las ventajas de esta opción estaría que las demás filiales de esta matriz

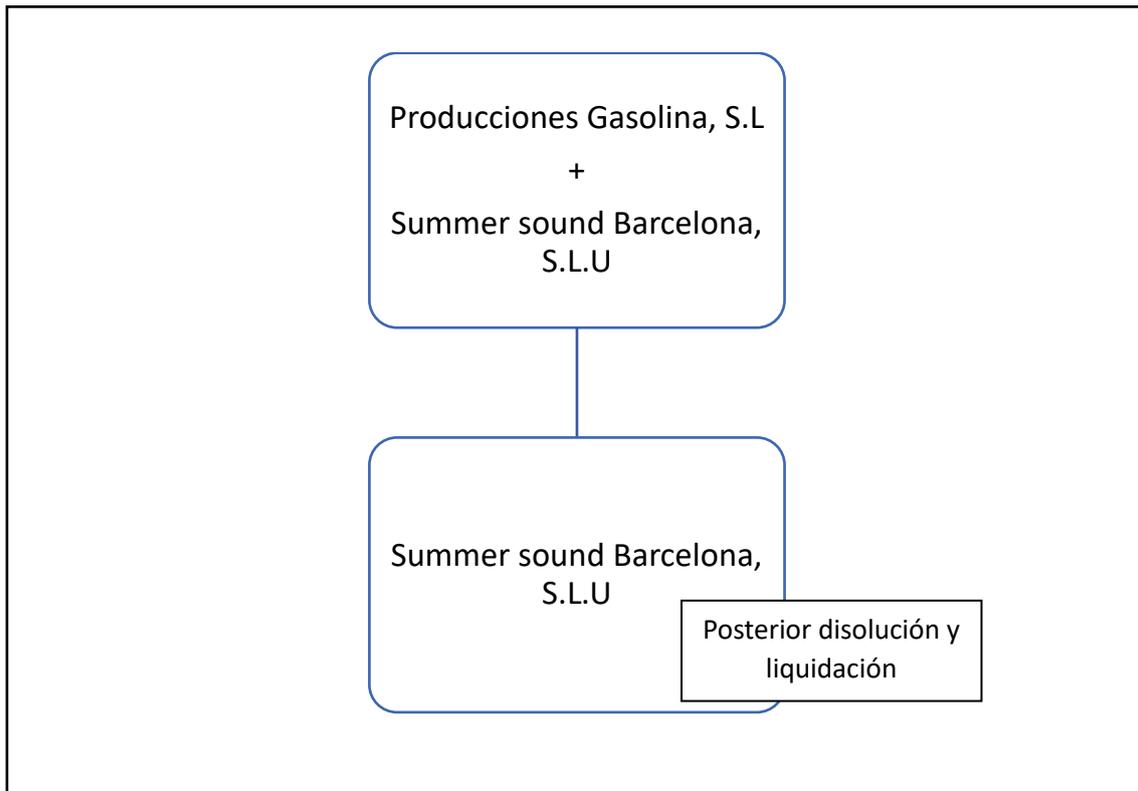
(que desconocemos si existen) seguirían dependiendo de ella, sin que se produjera ningún cambio de dirección.



Fusión íntegramente participada indirecta

Finalmente, otra de las operaciones que se podrían proponer sería la fusión íntegramente participada, de manera indirecta, de modo que se creara una nueva mercantil entre Producciones Gasolina, S.L. y Summer Sound Barcelona S.LU.

Sin embargo, la mercantil generadora de pérdidas seguiría existiendo y no existiría realmente un control de Producciones Gasolina a Summer Sound Barcelona, puesto que realmente serían la misma mercantil.



(ii) pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.

Toda la liquidación comienza primeramente con la disolución de la sociedad. Una vez producida la apertura del periodo de liquidación, los administradores cesarán en su cargo, extinguiéndose con ello el poder de representación que ostentan con la mercantil.

Seguidamente, se designan las personas o persona encargadas de la liquidación, bajo la denominación de “liquidadores”, los cuales serán nombrados por la junta general que acuerde la disolución de la sociedad.

Estos liquidadores se rigen por las disposiciones previstas para los administradores, teniendo la finalidad en primer lugar de preservar el patrimonio social en cuanto no sea liquidado y repartido.

Así, en el plazo de 3 meses desde la apertura de esta liquidación, los liquidadores serán los encargados de realizar un inventario y balance de la mercantil teniendo en consideración el día en que esta se disolvió.

Además, entre las funciones de los liquidadores, destacan las siguientes:

- Concluir operaciones pendientes de la mercantil y efectuar las necesarias para la liquidación de esta.
- Proceder a realizar la contabilidad de la mercantil, así como sus libros, documentación y toda la información relativa a esta.
- En este caso, al no existir créditos ni deudas pendientes, a los liquidadores no les corresponderá percibir las o abonarlas.

Concluidas todas las operaciones de liquidación, se somete a junta general el balance realizado por estos, así como el informe sobre todas las operaciones y el proyecto de división del activo resultante.

Así, una vez transcurra el término para impugnar el balance, se procederá al abono de la cuota de liquidación.

Finalmente, los liquidadores otorgarán la correspondiente escritura pública, regulada en el artículo 395 de la Ley de Sociedades de Capital, inscribiéndola posteriormente en el Registro Mercantil.

- 2. Como paso clave en el proceso de expansión, la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (Biza), sociedad que cotiza desde hace años en el Ibex-35. Todo ello siguiendo las recomendaciones de D. Raúl (actual consejero delegado de la Sociedad), el cual tiene un 6% del capital social de Biza directamente como inversión personal. Siendo Biza una cotizada, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de cualquier norma imperativa en relación con la adquisición.**

Para ello le plantean diferentes escenarios, pero querrían conocer su opinión al respecto:

- (i) adquirir un 29,99% de las acciones de Biza;**

- (ii) **adquirir simplemente un 12% de Biza, pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza;**

- (iii) **adquirir el 100% de las acciones de Biza para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza.**

En primer lugar, es necesario mencionar que la mercantil Biza pertenece al mercado regulado, puesto que cotiza en una bolsa de valores como es el IBEX 35.

En segundo lugar, es necesario destacar que según el Real Decreto 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión y, específicamente su artículo 111, establece que (énfasis añadido) *“se entenderá que una persona física o jurídica tiene individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, el control de una sociedad cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto **igual o superior al 30 por ciento**; o bien, cuando haya alcanzado una participación inferior y designe, en los términos que se establezcan reglamentariamente, un número de consejeros y consejeras que, unidos, en su caso, a los que ya se hubieran designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad”*.

En consonancia con lo anterior, el artículo 108 del mismo texto legislativo establece que *“Quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de las acciones u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo quien alcance el control de una sociedad cotizada, ya lo consiga:*

- a) Mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, el derecho a la suscripción o adquisición de acciones con derechos de voto en dicha sociedad;*

- b) Mediante pactos parasociales o de otra naturaleza con otros titulares de valores; o*
- c) Como consecuencia de los demás supuestos de naturaleza análoga que reglamentariamente se establezcan.”*

Por todo lo anterior, en cualquiera de los casos anteriores será necesario realizar una oferta pública de adquisición (en adelante “OPA”), puesto que, aunque únicamente se adquirieran el 29,99% de las acciones de Biza, se puede entender que existe un pacto o concierto con D. Raúl (actual Consejero delegado de la Sociedad), en el segundo de los casos, se adquiere del mismo modo más del 30% de las acciones de la sociedad y finalmente, si se opta por la adquisición del 100% de la mercantil, sería igualmente necesario realizar la mencionada OPA.

En cuanto a la elección de la mejor opción, sería necesario contar con todos los datos, decisiones y objetivos de la Sociedad, puesto que, si bien es cierto que adquiriendo el 100% de las acciones de la empresa otorga la totalidad del poder en la toma de decisiones estratégicas, un porcentaje menor puede permitir compartir riesgos y responsabilidades con otros accionistas o inversores; pudiendo ser beneficioso en otros ámbitos como el financiamiento y el acceso a recursos adicionales.

En conclusión, poseer el 100% de las acciones confiere un control total, pero no siempre es la mejor opción según los objetivos y la estrategia de la mercantil. Dependerá, por tanto, de los intereses finales de la Sociedad que tiene por objetivo controlar Biza.

3. Además, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza, solicitando igualmente su asesoramiento en este sentido.

En cuanto a la concentración provocada, es necesario acudir a la legislación de Defensa de la Competencia, que se encuentra regulada en su propia Ley 15/2007, de 3 de julio. Así, al producirse un cambio de control en la totalidad de Biza, sí que se entendería que

se produce una concentración, en virtud de la definición otorgada por el artículo 7 de la legislación invocada.

Por lo anterior, queda sometido al procedimiento de control previsto en la mencionada ley, ya que, como consecuencia de la concentración económica, se ha adquirido una cuota superior al 30% del mercado.

El procedimiento de control comienza con la obligación de notificación a la Comisión Nacional de la Competencia (En adelante “CNMC”) previamente a su ejecución; puesto que hasta que no haya recaído autorización expresa o tácita por parte de la Administración, se suspende esta ejecución. En este caso, la obligación de la notificación recae en la Sociedad, puesto que adquiere el control exclusivo sobre la totalidad de las acciones de Biza.

La CNMC valorará la concentración económica atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o parte del territorio nacional. Así la CNMC adoptará esta decisión teniendo en cuenta a los elementos que se describen en el artículo 10 de la citada ley, bajo la denominación de los “*criterios de valoración sustantiva*”.

En el caso de que se resuelva la concentración de manera negativa, como última instancia, el Ministro de Economía y Hacienda podrá elevar la decisión sobre esta concentración al Consejo de Ministros por razones de interés general. Este supuesto también podrá ocurrir cuando la CNMC haya resuelto “*subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones*”¹².

Por todo lo anterior y en respuesta a lo solicitado por la Sociedad sí que se produciría una concentración provocada, teniendo que aplicarse por imperativo legal, según lo expuesto, la normativa de defensa de la competencia.

¹² Artículo 60 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.