



LAW FIRM

Informe Legal Confidencial

Cliente: Latino Gang, Inc.

21 de diciembre de 2023



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Trabajo de Fin de Máster

Máster universitario en Acceso a la Abogacía

Especialidad Derecho de Empresas

Autora: María Martín Mañas

Tutor: Ramón Fernández-Aceytuno Sáenz de Santa María

Madrid

Diciembre de 2023

HOJA DE ENCARGO PROFESIONAL

De una parte, la sociedad **Latino Gang, INC.**, con C.I.F A91011121 y domicilio en Española Way 33, 02234, Miami, representada por D. David Yankee Pérez en su condición de Administrador Único (el “**Ciente**”) **encarga** a la sociedad **Law Firm Abogados S.L.P**, con C.I.F B12345678 y domicilio en Calle Serrano 42, 28001, Madrid, representada por Dña.María Martín Mañas en su condición de Letrada Apoderada tal y como se acredita mediante poder otorgado a su favor ante Don Segismundo González Laredo, Notario de Madrid en fecha 22 de enero de dos mil tres con el número 102 de protocolo e inscrito en el Registro Mercantil de Madrid (en adelante el “**Despacho**”) realizar los trabajos descritos en las siguientes

CLÁUSULAS

PRIMERA. – OBJETO

1. Elaboración de un informe detallado en el que se analicen las contingencias identificadas en la Red Flag Due Diligence llevada a cabo el pasado 30 de noviembre de 2023 con motivo de la compraventa del 51% de las participaciones de la sociedad española Producciones Gasolina, S.L.(la “**Sociedad**”). En particular, en el informe se analizarán las siguientes contingencias:
 - i. La falta de declaración 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.
 - ii. Las probabilidades de éxito de la acción interpuesta por la cantante Dña. Rosario García-Despechá, en la que alega que la marca “**MOTOPAPI**” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad.
 - iii. Las implicaciones del despido de D. Patricio Quevedo, Director General en la Sociedad en las Islas Canarias y análisis de las alternativas al abono del blindaje de 900.000 euros acordado con la Sociedad.
2. El asesoramiento legal 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. Concretamente, con respecto a:
 - i. La distribución del mayor porcentaje posible de los beneficios obtenidos en el ejercicio societario finalizado el 31 de diciembre de 2022, respetando la estabilidad financiera de la SOCIEDAD, desde un punto de vista legal.
 - ii. La propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad. Posibilidades de impugnación del eventual acuerdo negativo de la junta de socios e interposición de acciones de

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

- iii. La necesidad de proporcionar a Don Omar la información solicitada al Consejo de Administración sobre las ventas de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023.
3. Asesoramiento estratégico sobre varias operaciones de expansión que EL CLIENTE tiene interés en realizar. Entre otras:
- i. La liquidación de la filial Summer Sound, S.L.U manteniendo el control sobre 100% de las participaciones la subfilial de Summer Sound Barcelona, S.L.U.
 - ii. La adquisición un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad cotizada BZRP HITS, S.A. (“Biza”) y sus posibles implicaciones legales.

SEGUNDA. – ESTRUCTURA

En la elaboración del informe se responderá a las cuestiones, allí donde sea aplicable, siguiendo la siguiente estructura:

- i. Identificación de la contingencia: este apartado englobará la identificación y comprensión de los riesgos y oportunidades legales que surgen en el contexto de cada operación.
- ii. Cuantificación de la contingencia: en este apartado se procederá a estimar el impacto económico potencial de cada riesgo y oportunidad identificados.
- iii. Solución propuesta: en este apartado se expondrán las distintas estrategias legales y/o tácticas de negociación que podría llevar a cabo el cliente para mitigar las contingencias.
- iv. Tratamiento contractual: cuando proceda, se ofrecerán sugerencias de redacción de cláusulas para negociar e incluir en el contrato que formalice las operaciones que se pretender llevar a cabo.

TERCERA. – ALCANCE Y CONDICIONES DE LA REPRESENTACIÓN

En este asunto trabajará inicialmente la letrada **MARÍA MARTÍN MAÑAS**, abogada colegiada en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, con número de colegiado/a 96888 y dirección de correo electrónico mmartinmanas@lawfirm.com. En todo caso, el trabajo podrá ser delegado en cualquiera de los abogados del Despacho, socios, trabajadores o colaboradores y, en caso de necesidad, por otros letrados colegiados.

En muestra de conformidad con este contrato, las partes lo firman en cada una de sus 6 hojas.

En Madrid, a día 1 de diciembre de 2023



*Fdo. DAVID YANKEE PÉREZ,
Administrador Único de LATINO GANG, INC.*



*Fdo. MARÍA MARTÍN MAÑAS,
Letrada de LAW FIRM S.L.P.*

Table ofContents

| Contents | Page |
|---|-----------|
| 1 Sobre los ingresos no declarados por la Sociedad..... | 2 |
| 1.1 Identificación de la contingencia..... | 2 |
| 1.2 <u>Cuantificación de la contingencia</u> | 3 |
| 1.3 Solución propuesta | 7 |
| 1.4 Tratamiento contractual..... | 8 |
| 2. Sobre la marca “MOTOPAPI” | 9 |
| 2.1 Identificación de la contingencia..... | 9 |
| 2.2 Cuantificación de la contingencia..... | 10 |
| 2.3 Solución propuesta | 12 |
| 2.4 Tratamiento contractual..... | 12 |
| 3. Sobre el cese del Director General actual..... | 13 |
| 3.1 Identificación de la contingencia | 13 |
| 3.2 Cuantificación de la contingencia..... | 13 |
| 3.3 Solución propuesta | 16 |
| 3.4 Tratamiento contractual de la Contingencia..... | 17 |
| 1 Sobre el reparto de dividendos de la Sociedad | 18 |
| 1.1 Identificación de la contingencia..... | 18 |
| 2 Sobre el nombramiento de un administrador por parte de un socio minoritario | 24 |
| 2.1 Identificación de la contingencia..... | 24 |
| 2.2 Cuantificación de la contingencia..... | 24 |
| 2.3 Solución propuesta | 29 |
| 3 Sobre los límites del derecho de información del socio minoritario | 30 |
| 3.1 Identificación de la contingencia..... | 30 |
| 3.2 Cuantificación de la contingencia..... | 32 |
| 3.3 Solución propuesta | 33 |
| 1 Sobre la liquidación de la filial manteniendo el control sobre la subfilial | 34 |
| 1.1 Transmisión del 100% de las participaciones sociales de Summer BCN a la Sociedad | 34 |
| 1.2 Liquidación de Summer Sound y transmisión de su patrimonio a la Sociedad como cuota de liquidación..... | 35 |
| 1.3 Absorción de Summer Sound por parte de la Sociedad..... | 36 |
| 1.4 Disolución y liquidación de Summer Sound..... | 38 |
| 2 Sobre las formas de adquisición de control sobre una sociedad cotizada | 39 |
| 2.1 Aspectos a tener en cuenta con respecto a la normativa sobre los mercados de valores y las OPAs | 40 |
| 2.2 Aspectos a tener en cuenta con respecto de la normativa sobre competencia | 45 |

PARTE I

1 Sobre los ingresos no declarados por la Sociedad.

1.1 Identificación de la contingencia

El artículo 4 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades (la “**LIS**”) establece que “constituirá el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente, cualquiera que fuese su fuente u origen.”

Por lo tanto, antes de realizar el análisis que requiere la cuestión objeto de informe, es necesario estudiar si realmente la remuneración proveniente de una red social, como Tiktok, debe considerarse un hecho imponible o no.

Al tratarse de una fuente de generación de riqueza muy reciente, pueden surgir dudas conforme al tratamiento y gravamen de los recursos económicos obtenidos a través de este tipo de medios.

Con respecto a esta cuestión se pronuncia Íñigo Egea, Asociado Principal del Área de Fiscal del Despacho Cuatrecasas, en siguiente sentido:

“La actividad de los influencers se entenderá incluida dentro del hecho imponible del IAE en la medida en que los mismos ordenan medios (como puede ser, el ordenador, el móvil o las cámaras a través de las que graban sus vídeos) por su cuenta con la clara finalidad de intervenir en la difusión de los contenidos. Así ha sido confirmado por la DGT, entre otras, en su consulta V0992-1633, en la cual establece expresamente lo siguiente: “la actividad consistente en subir vídeos a un canal de YouTube, previamente grabados por el consultante, ya sea con el teléfono móvil o a través de cualquier otro medio, siempre que su difusión sea de carácter público, con independencia de que genere o no un rendimiento económico, constituye una actividad económica en los términos del artículo 79.1 del TRLRHL, ya que el consultante ordena por su cuenta medios y recursos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios, produciéndose, consiguientemente, el hecho imponible del Impuesto sobre Actividades Económicas””¹.

A raíz de esta reflexión, podemos considerar que cualquier rendimiento económico generado a partir de la reproducción de contenidos online es susceptible de tributación para el autor del contenido.

Sentado lo anterior, nos encontramos ante una situación en la que la Sociedad no está mostrando una imagen fiel ante Hacienda de su situación económica y está

¹ Egea Pérez-Carasa, I. Tributación de los *influencers*: normas tradicionales para nuevos y rentables modelos de negocio de las nuevas generaciones.

incumpliendo la normativa estatal fiscal. Concretamente, la sociedad lleva incumpliendo su obligación de declarar la cantidad descrita durante los tres años transcurridos desde que se produjo la irregularidad.

1.2 Cuantificación de la contingencia

Con el fin de cuantificar de forma adecuada la contingencia, proponemos dos escenarios distintos. En primer lugar, consideraremos las implicaciones económicas que podrían resultar de la regularización voluntaria de la situación tributaria en la que se encuentra la Sociedad. Alternativamente, analizaremos el impacto económico de las consecuencias legales que podrían surgir de ignorar la situación y proceder con la operación.

I. Regularización de la situación

La regularización de los ingresos no declarados conlleva una serie de costes por el hecho de no haber sido declarados en el tiempo y forma adecuados, entre los que se incluyen los recargos por declaración extemporánea.

A continuación, procedemos a realizar el cálculo estimado que dichos costes podrían suponer para la Sociedad.

(i) Recargos por declaración extemporánea.

En primer lugar, puesto que el caso no hace mención de ningún tipo de requerimiento previo por parte de la Administración con respecto a los ingresos no declarados, entendemos que nos encontramos ante el supuesto regulado en el artículo 27 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (la “LGT”). Concretamente, sería de aplicación lo dispuesto en el tercer párrafo del apartado 2, por haber transcurrido más de un año desde la finalización del plazo para realizar la declaración en tiempo y forma.

Por lo tanto, el coste de regularizar la situación fiscal conllevaría un recargo del 15% de la cantidad no declarada, es decir, **150.000 euros (1.000.000 € x 0,15), más “los intereses de demora** por el período transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado”.

No obstante, el apartado 5 del mismo artículo ofrece la posibilidad de que se pueda reducir el recargo en un 25%, si se dan los siguientes dos supuestos:

1. “Que se realice el ingreso total del importe restante del recargo en el plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta Ley abierto con la notificación de la liquidación de dicho recargo”, y
2. “Siempre que se realice el ingreso total del importe de la deuda resultante de la autoliquidación extemporánea o de la liquidación

practicada por la Administración derivada de la declaración extemporánea, al tiempo de su presentación o en el plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta Ley, respectivamente, o siempre que se realice el ingreso en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de dicha deuda que la Administración tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado al tiempo de presentar la autoliquidación extemporánea o con anterioridad a la finalización del plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta Ley abierto con la notificación de la liquidación resultante de la declaración extemporánea.”

Por lo tanto, el importe de **150.000 euros de recargo** podría verse reducido a **112.500 euros** en caso de cumplirse los dos requisitos anteriores.

II. No regularización y continuar con la operación.

La no regularización de los ingresos puede conllevar consecuencias tanto penales como administrativas, dependiendo de las circunstancias bajo las cuales se haya dejado de ingresar el impuesto.

(i) Multa por infracción del art. 191 LGT

La sociedad podría enfrentarse a una sanción grave por cometer una infracción del art. 191 LGT. En el caso que nos atañe, la sociedad no habría realizado una autoliquidación correcta al no incluir el millón euros en su declaración de 2021, dejando así de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación correcta.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la base de la sanción sería la cuantía no ingresada en la autoliquidación, deducimos que la base de la sanción sería de **250.000 euros (1.000.000 € x 0,25, equivalente al 25% de cuota del Impuesto de Sociedades “IS”)**.

Por lo tanto, nos encontramos ante dos posibles infracciones:

- Infracción leve: si consideramos que no ha existido una ocultación de los ingresos por parte de la sociedad, puesto que la base de la infracción es superior a 3.000 euros. En este caso, la sanción conlleva una multa proporcional al 50% de la base, lo cual equivale a **125.000,00 euros (250.000 € x 0,5)**.
- Infracción grave: si consideramos que se ha dado el supuesto de ocultación. En este caso, la sanción conllevaría una multa proporcional a entre el 50% y el 100% de la base de la sanción, es decir, **entre 125.000 y 250.000,00 euros**.

En este caso, puesto que – como hemos mencionado anteriormente - los conciertos retransmitidos en directo a través de tiktok son una fuente de ingresos muy novedosa, consideramos que para tratar de incardinar la conducta en infracción leve en lugar de grave, se podría argumentar una falta de conocimiento por parte del infractor de la necesidad de declarar las cantidades obtenidas a través de la plataforma online.

(ii) Posible delito económico:

Como resultado de tomar de forma dolosa la decisión de ignorar la situación tributaria irregular, la Sociedad podría estar cometiendo un delito de los artículos 305 y 305 Bis del Código Penal (“CP”).

Con respecto al delito del art. 305, para que la conducta se considere subsumida en el tipo a que se refieren ambos artículos, es necesario que la cantidad presuntamente defraudada exceda de 120.000 euros.

Partiendo de que la cantidad no ingresada (aplicando el 25% del IS) asciende a unos **250.000 euros**, la conducta de la sociedad sí se encuadraría dentro del tipo descrito en el CP.

La pena por el delito de fraude a la Hacienda Pública consiste en una multa “del tanto al séxtuplo” de la citada cuantía, es decir, entre **250.000,00 y 1.500.000,00 euros (250.000 € x 6)**.

Adicionalmente a la pena económica, el párrafo tercero del apartado 1 del citado artículo 305 prevé para el responsable penal “**la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.**”

Consideramos oportuno destacar que a pesar de ignorar dolosamente la situación tributaria irregular, la Sociedad podría evitar la condena si llevara a cabo una regularización completa de su situación tributaria siempre que ésta sea llevada a cabo “antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia” (art. 305.4 CP).

No obstante, de no poder llevarse a cabo la regularización a tiempo y de haberse recibido ya una citación judicial como investigada, el apartado 6 del mismo artículo prevé una atenuación de la pena en uno o dos grados si la

Sociedad satisface la deuda y reconoce los hechos en los dos meses posteriores a la citación.

Por último, destacar que, aunque como hemos visto, los hechos podrían ser constitutivos a la vez de delito y de la infracción administrativa referida en el apartado (i) anterior, por aplicación del principio “*non bis in idem*”², principio constitucional recogido en el art. 25.1 de la Constitución Española, entendemos que la sanción y la pena criminal son incompatibles. Dada la preferencia de la vía penal, la Administración no podría imponer posteriormente sanción alguna si los tribunales consideraran que los hechos son constitutivos de delito pues ello supondría una duplicidad de sanciones.

(iii) Implicaciones reputacionales de la no regularización

Adicionalmente, consideramos necesario tener en cuenta el posible daño reputacional, que, si bien es muy difícilmente cuantificable, puede tener un impacto realmente significativo en la empresa. Si LATINO GANG optase finalmente por adquirir las participaciones podría dar lugar a perjuicios graves en diferentes aspectos.

Y es que la reputación de una discográfica es una parte integral de su éxito y supervivencia en la industria de la música. En la industria de la música, la reputación de los operadores del mercado es sumamente importante. La imagen de los cantantes y artistas se encuentra muy ligada a la su discográfica y viceversa. Por ello, al igual que las discográficas tienden a firmar contratos con artistas poco problemáticos o conflictivos, lo mismo suele ocurrir con los artistas a la hora de contratar con discográficas. Hemos identificado las siguientes razones para dar explicación a este argumento:

- Credibilidad y confianza: La reputación de una discográfica puede influir en la percepción de los artistas y el público sobre su integridad y fiabilidad. Una reputación sólida puede atraer a nuevos talentos y a la vez mantener a los artistas existentes. En contraste, una discográfica con una mala reputación puede tener dificultades para atraer y retener artistas, lo que puede tener un impacto directo en su rendimiento económico³
- Relaciones con los socios comerciales: Una discográfica con buena reputación puede tener más facilidad para establecer relaciones con otros

² “El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración” (STC núm. 2/2003 de 16 de enero y STC núm. 48/2007, de 12 de marzo)

³Kaimann, D., Cox, J., & Wendelin, M. (2018). Quantity and quality of artists’ career: The curvilinear relationship between critical success and sales success. *Applied Economics Letters*, 25(16), 1140-1143.

agentes de la industria, como promotores de conciertos, minoristas de música y plataformas de streaming⁴. Una reputación dañada puede deteriorar estas relaciones, lo que podría conducir a una disminución de las ventas y los ingresos.

- Percepción del público: En una era de creciente transparencia y responsabilidad social corporativa, los consumidores tienden a apoyar a las empresas que se perciben como éticas y responsables⁵. Un escándalo público, como una condena por fraude fiscal, puede dañar seriamente la reputación de una discográfica, lo que puede llevar a una disminución en las ventas de discos y reproducciones en plataformas de *streaming*.
- Impacto en la financiación y el crecimiento empresarial: Las discográficas, como todas las empresas, dependen en gran medida del acceso a la financiación para sus operaciones y crecimiento. Esto puede tomar la forma de préstamos bancarios, inversión privada, subvenciones gubernamentales o patrocinios. Una reputación dañada por un escándalo puede hacer que sea más difícil para la discográfica obtener estas formas de financiación. Los bancos e inversores pueden ver a la empresa como un riesgo mayor y por lo tanto pueden ser más reacios a proporcionar financiación⁶. Del mismo modo, los patrocinadores pueden no querer asociarse con una empresa que ha sido condenada por fraude, ya que esto podría dañar su propia reputación.

Por todo ello, no tratar de dar solución al problema podría dar lugar a un escándalo público, lo cual podría conllevar una pérdida importante de competitividad de la discográfica en el sector, y a su vez, unas pérdidas económicas muy significativas.

1.3 Solución propuesta

Habiendo recabado toda esta información, procedemos a presentar la información acerca de las consecuencias de cada una de las opciones de forma más esquemática en la siguiente tabla:

| Opción | Consecuencia | Coste |
|-----------------------------|--------------------------------|---|
| Opción 1: Regularización | Recargos (art. 27.2 LGT) | 112.500 - 150.000€ (+intereses de demora) |
| Opción 2: No regularización | Multa por infracción (191 LGT) | 125.000€ – 250.000€ (+intereses de demora) |

⁴ Negus, K. (1999). *Music Genres and Corporate Cultures*. London: Routledge.

⁵ Bhattacharya, C. B., & Sen, S. (2004). Doing better at doing good: When, why, and how consumers respond to corporate social initiatives. *California management review*, 47(1), 9-24.

⁶ Deephouse, D. L. (2000). Media reputation as a strategic resource: An integration of mass communication and resource-based theories. *Journal of Management*, 26(6), 1091-1112.

| | | |
|--|---------------------|-------------------------------|
| | Delito del art. 305 | 250.000,00€ - 1.500.000,00 €. |
| | Daño reputacional | No calculable |

En esta situación concreta, tras analizar y cuantificar las consecuencias tanto de la opción de regularizar la situación tributaria de la Sociedad como la de ignorarla y proceder con la operación, concluimos que la solución más adecuada y menos perjudicial para la operación del Grupo y para la Sociedad sería optar por la regularización.

Y es que, además de que el coste de arriesgarse a una condena penal sea mucho más alto que el de los recargos y sanciones consecuencia de la regularización, consideramos que es aún más importante preservar en la medida de lo posible la reputación de ambas partes. Esto se debe a que, como ya venimos explicando, los costes que podría conllevar un escándalo mediático podrían ser superiores a los costes mencionados en los apartados anteriores

1.4 Tratamiento contractual

Para tratar de neutralizar la contingencia de la manera más efectiva posible, optaríamos por incluir en el Share Purchase Agreement (SPA) o contrato de compraventa de participaciones:

- i. Una manifestación o *representation* en el apartado de *Representations and Warranties* (“**R&W**”) del contrato, en la que el vendedor establezca que no existen otras irregularidades fiscales más allá de la irregularidad identificada de los ingresos por 1.000.000 de euros no declarados generados por los conciertos retransmitidos por TikTok durante la pandemia.
- ii. Una condición suspensiva que sometiera el perfeccionamiento del contrato a la regularización de la situación tributaria de la Sociedad con una fecha límite. La redacción de la cláusula podría ser la siguiente:

“La transmisión efectiva al Comprador de las participaciones estará condicionada a que, en un periodo máximo de X meses, tenga lugar la regularización tributaria de la cantidad no declarada de 1.000.000 de euros y el pago de los recargos, sanciones y resto de costes que ello pueda conllevar.

Por tanto, las Partes acuerdan que el Vendedor se mantendrá como propietario de las Participaciones hasta la fecha en que se acredite el cumplimiento de la Condición Suspensiva.”

- iii. En caso de que no se diese la regularización en el plazo establecido, aconsejamos al Grupo que establezca una *indemnity* que dé lugar a una reducción del precio. La redacción podría ser la siguiente:

“si en el plazo establecido en el apartado anterior de X meses no se hubiera regularizado la situación tributaria de la Sociedad, la Compradora quedará

facultada para solicitar una reducción del Precio de compra del 10% del Precio Total.”

Finalmente, para el caso de que la situación no se regularizase, recomendamos establecer una causa de resolución del contrato de compraventa sometida a la no regularización de los ingresos.

“si tras haber sido requerida por la Compradora para la regularización de los ingresos, la Vendedora no regularizase definitivamente la situación en un plazo máximo de X meses, la compradora quedará facultada para resolver el presente contrato y exigir los daños y perjuicios en los que haya podido incurrir”

2. Sobre la marca “MOTOPAPI”

2.1 Identificación de la contingencia

Lo más destacable de la contingencia que nos ocupa en este caso es la posibilidad de perder el derecho a utilizar y explotar la marca “MOTOPAPI” (la “**Marca**”).

Lo primero a analizar de esta cuestión es si la inscripción de las marcas en el registro de la OEMP es declarativa o constitutiva.

En este sentido, el art. 2.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (la “**Ley de Marcas**” o “**LM**”) establece que el “El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley”.

Basándonos exclusivamente en este argumento de que la inscripción es constitutiva, se podría discutir fácilmente que la Sociedad tiene realmente un derecho anterior y mejor que el de Dña. Rosario, por haber inscrito su Marca en el Registro de la Oficina Española de Marcas y Patentes (“**OEMP**”) en fecha anterior.

Ahora bien, a tenor del artículo 2.6.d) de la Ley de Marcas no es necesario que la marca esté registrada para ser considerada anterior si se trata de una marca de “notoriamente reconocida”.

La norma citada confiere a su vez los mismos derechos a las marcas notoriamente conocidas no registradas que a las marcas registradas, entre estos derechos se encuentra la facultad de “prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios, cuando [...] El signo sea idéntico o similar a la marca y se utilice para productos o servicios idénticos o similares a los productos o servicios para los cuales esté registrada la marca, si existe un riesgo de confusión por parte del público” (art. 34.2.b) LM.

Dicho esto, es esencial determinar si la marca de Dña. Rosario puede considerarse “notoriamente conocida” para evaluar las opciones de defensa de la Sociedad.

Para ello, nos remitimos al art. 6 bis del Convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial, que establece que:

“Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una personal que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con esta”

Según este artículo, será cada país el que determine criterios para considerar una determinada marca como “notoriamente conocida”. En España, antes de ser modificado por el art. 1.23 del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, era el art. 8.2 es que establecía una serie de requisitos concretos para considerar una marca como “notoria”, que se daban cuando *“su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial”*.

En la actualidad, es necesario remitirse al preámbulo de la LM para acceder a la nueva definición de marca “notorita” y marca “renombrada”, que establece que *“la marca notoria es la conocida por el sector pertinente del público al que se destinan sus productos o servicios y, si está registrada, se protege por encima del principio de especialidad según su grado de notoriedad y, si no lo está, se faculta a su titular no sólo a ejercitar la correspondiente acción de nulidad, como hasta la fecha, sino además a presentar oposición al registro en la vía administrativa. Cuando la marca es conocida por el público en general, se considera que la misma es renombrada y el alcance de su protección se extiende a cualquier género de productos o servicios”*

2.2 Cuantificación de la contingencia

Nos enfrentamos ante una demanda por parte de Dña Rosario. Esto podría acarrear los siguientes costes:

- Gastos procesales y de representación legal.
- En caso de que la parte contraria solicitase una medida cautelar de cese del uso de la Marca, se daría una pérdida de oportunidad de ventas durante la duración del proceso que puede alargarse en el tiempo durante varios años (lucro cesante).

- La estimación de la pretensión de Doña Rosario, supondría para la Sociedad (i) el pago de una indemnización por daños y perjuicios y posibles costas; (ii) la pérdida del derecho a usar la Marca; y (iii) la destrucción de los bienes marcados con la Marca.

A continuación, hemos de hacer una evaluación de la probabilidad de éxito en caso de darse esta última situación. Para ello, debemos analizar los argumentos que esgrime D. Rosario en consonancia con la legislación y la jurisprudencia sobre las marcas renombradas.

1. El conocimiento por cerca del 40% de los consumidores del mercado. Si bien puede sonar como un argumento muy definitivo, no debemos olvidar que, en primer lugar, la carga de la prueba recaerá sobre la parte demandante, por lo que D. Rosario deberá justificar estos datos.

Por otro lado, son varias las sentencias nacionales y europeas las que consideran que el criterio de porcentajes y menos que idóneo a la hora de determinar la notoriedad de una marca⁷.

Asimismo, la famosa STJUE de 14 de septiembre de 1999 (conocida como la “sentencia General Motors”) establece que debe ser el público interesado en la marca el que debe reconocerla a efectos de considerarla renombrada y que dicho público puede ser más amplio y generalizado (como sería el caso del reguetón en España) o más especializado.

En este sentido, lo cierto es que la industria del reguetón en España tiene unas dimensiones inmensas y se encuentra en pleno crecimiento. Por ello, entendemos que el argumento del porcentaje de conocimiento es debatible pues (i) Rosario no hace mención a qué mercado - si nacional, europeo o mundial – se refiere con “40% del mercado”; y (ii) es posible que un conocimiento del 40% del mercado en una industria tan grande como el reguetón n sea realmente significativo.

2. Su marca y logo podrían confundirse fácilmente con la de la Sociedad por su similitud fonética y aspecto visual (apenas dos letras de diferencia). Frente a este dato nuestro argumento sería el mismo: será necesario demostrar que el nivel de confusión que causa (si es que lo causa) tiene un impacto negativo en las ventas de la marca “MOTOMAMI”.
3. La inversión de grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España). Si bien se trata de unos criterios más reiterados por el TJUE (ponemos de ejemplo su reciente sentencia del 28 de mayo de 2020, contra la marca de galletas Gullón por comercializar galletas similares a las Oreo, en la que se argumenta que de no prohibir a Gullón la venta de las

⁷ STS núm. 505/2012 de 23 julio de 2012 y STJUE de 6 de octubre de 2009 entre otras.

galletas en cuestión, la empresa “*se aprovecharía así del renombre y de la inversión en publicidad de la marca anterior para vender su propio producto*”), nos remitimos al contrargumento anterior: Dña. Rosario deberá demostrar que el importe de 10 millones de euros se considera una inversión muy significativa dentro de la industria de la música latina.

2.3 Solución propuesta

En una posible disputa judicial, los argumentos principales para conservar la Marca serían:

1. La inscripción previa de la marca “MOTOPAPI” en el registro de la OEMP a favor de la sociedad.
2. La inexistencia de notoriedad de la marca de Dña. Rosario, y que en todo caso la carga de la prueba recae sobre ella.

No obstante, recomendaríamos tanto a la Sociedad como al Grupo llevar a cabo una negociación extrajudicial con Dña. Rosario para tratar de mantener la propiedad y el uso de la Marca de forma pacífica con la afectada.

Como oferta para negociar propondríamos una copropiedad de la marca o una suma de dinero a tanto alzado.

2.4 Tratamiento contractual

Al tratarse la Marca de uno de los activos más importantes de la Sociedad, que dan razón al interés de llevar a cabo la operación, consideramos que, en caso de la pérdida del derecho de utilizar la Marca, se debe solicitar una reducción significativa del precio de compraventa.

Esto se debe a que, según entendemos por la descripción del caso, la operación resultaría mucho menos atractiva para el Grupo sin la Marca de lo que sería con ella, puesto que el objetivo del adquirente es expandir su alcance y portfolio en España.

Por ello, sugerimos negociar con la vendedora las siguientes cláusulas:

- i. una *rep* en la que manifieste que, aparte de la demanda de D. Rosario, la Sociedad no se encuentre incurso en ningún proceso judicial.
- ii. A continuación, incluiríamos una cláusula que contenga un descuento del precio de la operación ligado al porcentaje de las ventas que suponen las asociadas con la Marca a la Sociedad.

De este modo, si las ventas asociadas a la Marca suponen un 30% de las ventas globales de la Sociedad, el Grupo podría tratar de pactar un descuento cercano al 30% del precio de compraventa de la empresa en el

caso de perder los derechos sobre la Marca, para tratar de compensar por la pérdida de un activo tan importante.

- iii. Entendemos que se trata de una cláusula muy “pro-comprador”. No obstante, es posible que al Grupo esta contingencia le suponga un *deal breaker* (razón para no llevar a cabo la operación), y que decida no seguir adelante con la operación. De ser este el caso, recomendaríamos incluir en el contrato una condición resolutoria, por la cual el contrato quede sin efecto si la Sociedad pierde los derechos sobre la Marca.

La redacción de la cláusula sería la siguiente:

“Para el supuesto pérdida del derecho a utilizar la marca MOTOAPI podrá el Grupo dar por resuelta la venta mediante notificación fehaciente dirigida a la sociedad y exigir los daños y perjuicios en los que haya podido incurrir”

3. Sobre el cese del Director General actual

3.1 Identificación de la contingencia.

Según la documentación proporcionada, el Sr. Patricio Quevedo ha desempeñado el papel de Director General de la Compañía en las Islas Canarias durante un período de dos años y ocho meses, y mantiene un vínculo con la Compañía a través de un contrato de alta dirección. En vista de esto, el Contrato de Alta Dirección establece una compensación de 900.000 euros en caso de terminación (llo que lleva al Grupo a inquirir sobre las implicaciones de la posible terminación del Sr. Patricio. Es interés por parte tanto de la Sociedad (por el bajo rendimiento y pérdida de cuota de mercado) como del grupo (por el bajo rendimiento y por poder nombrar a su propio Director General) cesar al alto directivo.

Dado que el contrato de Alta Dirección prevé una indemnización muy cuantiosa, de 900.000 euros, entendemos que la contingencia reside en el riesgo de tener que asumir el coste íntegro del blindaje.

3.2 Cuantificación de la contingencia

Para calcular el posible coste que puede suponer el despido para la Sociedad o para el Grupo, primero es necesario analizar las consecuencias de que la relación laboral de D. Patricio sea identificada como (i) relación especial de alta dirección (ii) relación laboral común (iii) relación mercantil

I. Relación especial de Alta Dirección:

Esta relación laboral especial se caracteriza por la confianza mutua existente entre la empresa y el alto directivo. Dicho esto, el alto directivo sigue siendo un trabajador por cuenta ajena, es decir, que no asume el riesgo ni realiza inversión

personal en el negocio. Esta figura está regulada por el Real Decreto 1382/1985, el Contrato de Alta Dirección y aplicándose la normativa civil y mercantil de forma supletoria.

Partiendo de la identificación de la relación laboral como especial de alta dirección, identificamos dos opciones de cese:

(i) Despido procedente

Esta es la opción preferida y se recomienda seguir. Esta opción implica que la Compañía termine el Contrato de Alta Dirección alegando que el Sr. Patricio ha incurrido en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones como alto directivo, lo cual ha llevado a la pérdida de cuota de mercado de la Sociedad en Canarias.

En este supuesto, el RD 1382/1985 prevé en su art. 11 la posibilidad de extinguir la relación de alta dirección por voluntad del empresario basado en el incumplimiento grave y culpable “en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores”, es decir, a través de la figura del despido disciplinario. De este modo, la Sociedad podría extinguir el contrato del Director General sin ningún coste adicional, pues el apartado 7 del art. 55 ET establece que “El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.”

(ii) Despido improcedente

Se tratase la opción menos deseada por ser, con diferencia, la más costosa de todas, ya que daría lugar al pago de la indemnización pactada en la cláusula de blindaje de 900.000 euros.

II. Relación laboral común:

La Sociedad, a pesar de que el Contrato de Alta Dirección le dio el cargo de Director General a D. Patricio, puede intentar sostener que, en realidad se trata de una relación laboral común, regida por el Real Decreto Legislativo 2/2015, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“ET”).

Para ello, la jurisprudencia requiere que se demuestre la inexistencia de la autonomía y poder de decisión sobre la empresa, más allá de la apariencia que otorga el *nomen iuris* del contrato y del cargo.

En este sentido, la STS Justicia de Murcia núm. 2004/244 de 19 de enero consideró que el Director General de una filial española en la que la estrategia y política de la empresa, órdenes e instrucciones eran impuestas desde la sociedad matriz en Gran Bretaña no tenía más que una relación laboral común con la empresa.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, podríamos argumentar que, durante el desempeño de sus funciones en el cargo de Director General de la filial de Canarias, D. Patricio estuvo completamente controlado por los directivos de la Sociedad matriz, y que por lo tanto se trataba de un Director meramente aparente.

(i) Despido improcedente

Con el fin de ser coherentes con los argumentos anteriores sobre la consideración de la relación laboral como común por falta de autonomía para tomar decisiones y controlar la empresa, entendemos que lo más sensato sería optar por el despido improcedente, puesto que venimos argumentando que D. Patricio no ejerce realmente ningún control sobre el rumbo de la empresa y su puesto carece de responsabilidad.

Para poder materializar esta alternativa, recomendaríamos preparar una la carta de Despido formal dirigida a don a D. Patricio, que haga referencia a los siguientes puntos:

- El nombre del contrato no es un indicio relevante para calificar la relación como de alta dirección.
- La denominación del puesto “Director General” tampoco implica necesariamente que su relación con la empresa sea de alta dirección.
- Justificar que D. Patricio depende de los directivos de la Sociedad matriz

De este modo, aunque la sociedad se vea obligada a pagar la indemnización que consagra el ET y ponerla a su disposición al momento de despedirlo, lo cierto es que el importe de esta sería muy inferior a la del blindaje pactado en el contrato de alta dirección, lo cual sería, a nuestro parecer, muy positivo.

Despido procedente

Puesto que para poder tratar la relación de D. Patricio con la Sociedad como una relación laboral común hemos tenido que argumentes que su posición como Director General es meramente aparente y que no realiza labores reales de dirección, entendemos que sería muy difícil tratar de utilizar la vía del despido procedente, puesto que no podríamos argumentar que existe un nexo causal entre la actuación del directivo y las pérdidas que está experimentando la oficina.

III. Relación mercantil

Alternativamente, se podría tratar de argumentar que D. Patricio es, además de Director General, Consejero o Administrador y que, por la “teoría del vínculo”,

conforme a la cual no pueden coexistir dos vínculos jurídicos distintos, para dirigir y administrar una sociedad, por lo que la relación especial de alta dirección queda absorbida por la mercantil.

Esto significaría que la relación laboral entre D. Patricio y la Sociedad pasaría de regirse por el RD 1.382/1985 a regirse por lo dispuesto en la LSC con respecto a la figura del administrador, dando lugar igualmente a la incompetencia de la jurisdicción social para decidir sobre el asunto.

La consecuencia principal de la aplicación de la teoría del vínculo es la desaparición del contrato de alta dirección previo, y por tanto, la nulidad del blindaje pactado.

La legislación española no prevé el derecho de los administradores o de los miembros del Consejo de Administración a reclamar indemnización alguna por la revocación de su cargo o por su cese, salvo, que como se establece en la nueva redacción de la LSC, conste dentro del sistema de retribución establecido en los Estatutos de la Sociedad. La STS de 24 de mayo de 2011 (que se remite a la de 9 de diciembre de 2009) respalda esta teoría, declarando que (i) no puede darse la compatibilidad del vínculo societario con la relación laboral especial de alta dirección (ii) que el nacimiento del vínculo societario supone la extinción de la relación laboral previa y (iii) la incompetencia del orden social para resolver los litigios que surjan obliga al demandante a acudir a la jurisdicción civil/mercantil.

Otras sentencias nacionales, como la STS del 12 de marzo de 2014, la STSJ de Valencia de 18 de diciembre de 2018 y la SAN del 5 de octubre de 2022 respaldan esta posición.

Sin embargo, la teoría del vínculo es un concepto cada vez más debatido en Europa. Algunos autores consideran que nos encontramos ante una “crisis de la teoría del vínculo” e incluso ante el “fin” de ella⁸. En este sentido, la STJUE del 5 de mayo de 2022 de que el hecho de que una persona ejerza tanto el cargo de director como el de administrador en una empresa no es suficiente para establecer si existe una relación laboral entre ambas partes o para calificar al trabajador como asalariado, lo que viene a decir que el vínculo no tiene por qué “absorber” la relación especial de forma automática.

La SAN de 29 de marzo de 2022 es un ejemplo de este cambio de tendencia, pues declara que la teoría del vínculo no absorbe, siempre las funciones laborales por las mercantiles y que se trata se trata, en todo caso, de una cuestión de prueba.

3.3 Solución propuesta

⁸ Entre ellos, Jesús Alfaro y José M^a Goerlich Peset

Para el caso que nos ocupa, concluimos que la modalidad de extinción de relación laboral más beneficiosa y viable para la Sociedad y el Grupo es el despido improcedente de la relación laboral común.

Esto se debe a la dificultad que entraña probar el nexo causal entre la pérdida de ventas de la filial canaria de la Sociedad y la competencia de D. Patricio en el desempeño de sus funciones y por lo tanto justificar el despido procedente de alta dirección.

Asimismo, aunque la opción de la teoría del vínculo y la relación mercantil es más atractiva que la propuesta, consideramos que la doctrina con respecto a este concepto es demasiado contradictoria en España como para poder asegurar una probabilidad razonable de éxito.

Alternativamente, podría ser interesante que la Sociedad o el propio grupo trate de negociar con D. Patricio, con el fin de llegar a un acuerdo por el cual se pacte una indemnización superior a la que tendría derecho por un despido por relación laboral común pero inferior al importe del blindaje de 900.000 euros que se acordó en el Contrato de Alta Dirección.

Para ello, recomendaríamos concertar una reunión con D. Patricio en la que se exponga las razones por las que su contrato puede ser calificado como un contrato laboral común o un contrato mercantil de consejero, haciéndole ver en cada caso lo mermada que quedaría su indemnización blindada de dictarse una sentencia en su contra.

Recomendamos asimismo que dicha negociación se lleve a cabo antes de iniciar un procedimiento judicial. Este razonamiento reside en que, muy avanzado el proceso, el alto directivo puede darse cuenta de que se encuentra en una posición favorable para que su pretensión sea estimada y piense que puede ejercer una posición más dominante. En esta situación, la Sociedad podría verse obligada a pactar una indemnización más cuantiosa de la que estaba dispuesta a pagar.

3.4 Tratamiento contractual de la Contingencia.

Puesto que el interés principal del Grupo con respecto a la contingencia analizada en este apartado es (i) que D. Patricio Quevedo haya sido cesado para cuando la operación de ejecute y (ii) evitar el pago de la indemnización de 900.000 euros por su cese, debemos proponer cláusulas que transfieran el riesgo de tener que asumir el coste del cumplimiento del blindaje acordado (en caso de que dicho coste se materialice) a la Sociedad.

Por lo tanto, para conversar los intereses del Grupo en la Operación, sugerimos en primer lugar incluir una *rep* en la que la Sociedad manifieste que, aparte del blindaje de D. Patricio, no se encuentra sometida a ningún otro contrato de alta

dirección, que pueda conllevar el pago de una indemnización en concepto de blindaje. La redacción de la cláusula podría ser la siguiente:

“A la fecha firma del Contrato, salvo el contrato de alta dirección contraído con D. Patricio Quevedo, la Sociedad no se encuentra vinculada por ningún contrato vigente de alta dirección con ninguno de sus empleados o personas externas, que conlleve la obligación de abonar por parte de la Sociedad indemnizaciones y/o compensaciones extraordinarias por las por la finalización de la relación laboral más allá del importe mínimo previsto en el Estatuto de los Trabajadores o por el convenio colectivo aplicable.”

A continuación, sugerimos someter la ejecución de la operación al cese de D. Patricio Quevedo. La condición suspensiva podría quedar redactada de la siguiente forma:

“La transmisión efectiva al Comprador de las participaciones estará condicionada a que, en un periodo a la fecha de la firma del Contrato, haya tenido lugar el cese de D. Patricio Quevedo, bien por despido improcedente o por despido procedente objetivo.

Por tanto, las Partes acuerdan que el Vendedor se mantendrá como propietario de las Participaciones hasta la fecha en que se acredite el cumplimiento de la Condición suspensiva”

Por último, en caso de que finalmente se tuviese que indemnizar al Director General por el importe de 990.000 euros, recomendamos incluir una *indemnity* que conlleve una reducción del precio de compraventa de la Sociedad o la obligación de indemnizar al Grupo por tener que asumir el coste. La redacción de la cláusula podría ser la siguiente:

“Si al tiempo de la firma del presente Contrato no hubiera tenido lugar el cese de D. Patricio Quevedo, la Compradora quedará facultada para solicitar una reducción del Precio de compra en el importe equivalente a la indemnización pactada con D. Patricio Quevedo, de 900.000 euros.”

PARTE 2

1 Sobre el reparto de dividendos de la Sociedad

1.1 Identificación de la contingencia.

Puesto que en este caso el interés de la Sociedad es repartir el mayor dividendo posible a sus socios, es necesario analizar tanto la situación económica de la Sociedad como las limitaciones legales que existen para el reparto de dividendos, de cara a (i) determinar si la situación actual de la empresa permite el reparto de dividendos; y de ser posible (ii) el realizarlo respetando los límites legales.

Limitaciones legales al reparto de dividendos

Los límites básicos del reparto de dividendos vienen establecidos en el art. 277 LSC:

“La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado.

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

Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.

De la redacción del art. 273 y del resto de la normativa de la LSC, identificamos cuatro límites al reparto de dividendos:

- Capital social mínimo
- Causa de disolución del art. 363.1.e LSC
- Reservas legales
- Pérdidas que dejen reducido el patrimonio por debajo del capital social.
- Reservas disponibles en relación con el importe de los gastos de investigación y desarrollo

En cuanto al capital social, la LSC establece para las sociedades limitadas un capital social mínimo de un euro (1 €)⁹. Dicho importe mínimo debe respetarse en todo momento durante la vida de la sociedad. De lo contrario, la sociedad se encontraría en causa de disolución por el art. 363.1.e) LSC.

Otra limitación relacionada con el capital social es la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e, mediante el cual:

⁹ Desde que el art. 2 de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, modificó el art. 4 LSC para permitir la constitución de sociedades limitadas con un capital de un euro, se dio el debate de si dicha reducción es aplicable tan solo en el momento de su constitución o en cualquier otro momento posterior. La RDGSJFP de 13 de junio de 2023 confirma que una sociedad podrá reducir su capital por debajo de 3.000 euros hasta un euro siempre que cumpla con las nuevas obligaciones estipuladas en el art. 4 LSC con respecto a la aplicación de los resultados y responsabilidad solidaria de los socios.

“1. La sociedad de capital deberá disolverse: [...]”

e) 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.”

Se trata de una limitación puesto que una sociedad en causa de disolución no puede repartir dividendos por tener que preservar y evitar salidas de patrimonio.

En cuanto a las reservas legales, el artículo 274 de la LSC establece que al menos el 10% del beneficio obtenido, se destine a la reserva legal de la compañía, hasta que alcance el 20% del capital social. Una vez alcanzado y contabilizada dicha reserva legal, es posible destinar el resto de los beneficios al reparto de dividendos.

Con respecto a la existencia de pérdidas en la empresa, ya hemos podido comprobar que la redacción del art. 273 impide el reparto de dividendos cuando las pérdidas de ejercicios anteriores hagan que el patrimonio neto de la sociedad sea inferior a la cifra del capital social, pues en ese caso los beneficios solo podrán destinarse a la compensación de las pérdidas.

Finalmente, en cuanto a los gastos de investigación y desarrollo, el art. 273 mencionado más arriba prohíbe el reparto si el importe de las reservas disponibles es inferior al importe de los gastos de investigación y desarrollo.

Habiendo analizado los límites legales establecidos para el reparto de dividendos, procedemos a analizar la situación de la Sociedad.

I. Situación actual de la Sociedad:

La sociedad presenta los siguientes datos:

| Pasivo y Patrimonio Neto | Millones de Euros |
|--|--------------------------|
| Capital Social | 50 |
| Reserva Legal y Estatutaria | 30 |
| Reserva Voluntaria. | 10 |
| Reservas de Revalorización | 5 |
| Otras Aportaciones de Socios (cuenta 118 PGC) | 20 |
| Beneficio del Último Ejercicio | 5 |
| Préstamos Participativos con Sociedades del Grupo. | 70 ¹⁰ |
| Pérdidas Acumuladas de Ejercicios Anteriores. | (130) |

¹⁰ La redacción anterior art.20.1.d) del Real Decreto ley 7/1996 permitía contabilizar los préstamos participativos como patrimonio neto “*afectos de la legislación mercantil*”, entendiéndose que quedaba incluido el reparto de dividendos. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 16/2007, de 4 de julio, el apartado d) fue modificado de tal forma que los préstamos participativos solo se consideran patrimonio neto “*a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*”, quedando fuera el supuesto de reparto de dividendos.

| | |
|---|-------------|
| Total (Pasivo + Patrimonio Neto) | 60 |
| Patrimonio Neto | (10) |

A simple vista y basándonos exclusivamente en la información proporcionada, cabe destacar lo siguiente:

- La Sociedad cuenta con un capital social de **50 millones de euros (50.000.000 €)**, muy superior al capital social mínimo de **un solo euro** establecido por la LSC.
- El patrimonio neto de la Sociedad asciende a **menos 10 millones de euros (-10.000.000 €)**, resultante de sumar todas las partidas positivas, pero sin sumar la partida de préstamos participativos y restar las pérdidas de ejercicios anteriores (120.000.000 € - 130.000.000 €).
- La mitad del capital social sería **30 millones de euros (30.000.000 €)**.
- Las reservas legal y estatutaria ascienden a **30 millones de euros (30.000.000 €)**. Suponiendo que la mitad de dicha cifra (15 millones de euros, 15.000.000 €) se corresponde con la reserva legal y la otra mitad con la estatutaria, entendemos que la Sociedad tiene cubierta la reserva legal del 20% del capital social, **10 millones de euros (10.000.000 € en este caso)**.

Habiendo establecido lo anterior, llegamos a las siguientes conclusiones:

- la Sociedad no se encuentra en la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e LSC, pues los préstamos participativos sí se consideran patrimonio neto a efectos de disolución, por lo que ascendería a estos efectos a **60 millones de euros (60.000.000 €)**.
- Las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores reducen el patrimonio neto por debajo del capital social pues el resultado de restar el capital social del patrimonio neto (incluyendo las pérdidas) es negativo (**-60 millones de euros (-60.000.000 €)**).
- La información proporcionada no contiene información acerca del importe de los gastos de investigación y desarrollo, por lo que entendemos que la Sociedad no tiene gastos de investigación y desarrollo, o que las reservas disponibles igualan su importe.

Por todo ello, concluimos que la Sociedad NO se encuentra en una situación que le permite repartir dividendos.

II. Posibles opciones de compensación y reparto

Dicho lo anterior, consideramos que existe una manera de reestructurar las partidas de modo que permita a la Sociedad repartir dividendos: mediante la recapitalización de los préstamos participativos.

Con respecto a esta operación el art. 20.1.b) RD 7/1996 establece que “el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos”. La razón de ser de esta disposición es la de proteger al acreedor externo, pues sin la contabilización de esta partida como patrimonio neto la Sociedad incurriría en causa de disolución y se vería obligada a reducir su capital social, perjudicando así el crédito del tercero¹¹.

Teniendo esto en cuenta, sería necesario que, en unidad de acto, se diese la amortización de los préstamos participativos del grupo y una aportación de socios, para poder cumplir con lo dispuesto en el art. 20.1.b)

De esta forma, los préstamos participativos pasarían a formar parte de la partida de “aportaciones de socios”, considerándose entonces parte del patrimonio neto.

Así, la suma de las partidas que conforman el patrimonio neto ascendería a **60 millones de euros (60.000.000 €)**. En ese caso, la sociedad sí se encontraría en una situación que le permitiría repartir dividendos, por un valor de **10 millones de euros (60.000.000 € - 50.000.000€)**

Adicionalmente, hay una serie de cuentas que se pueden utilizar para compensar, al menos, parte de las Pérdidas Acumuladas de Ejercicios Anteriores. A estos efectos, recomendaríamos destinar a compensar las pérdidas acumuladas:

- La reserva voluntaria, que es de disposición libre, se podría utilizar sin problemas para compensar pérdidas acumuladas, quedando ésta en 120 millones de euros (130.000.000 € - 10.000.000 €).
- Las aportaciones de los socios: Se trata de una partida descrita en la cuenta 118 del Plan General Contable (“PGC”) como *“elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, [...], siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo*. El propio PGC establece que uno de los propósitos de estas aportaciones es precisamente la compensación de pérdidas. De este modo, las pérdidas acumuladas quedarían en 30 millones de euros (120.000.000 € - 90.000.000€).

¹¹ Marín de la Bárcena, F. (2022). Amortización anticipada de préstamos participativos

- La reserva de revalorización: Se trata de una cuenta creada por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre con el objetivo de que recoger la revalorización de los activos de la Sociedad. El art. 9.10 de la misma establece que son “*indisponible[s] hasta que sea comprobado y aceptado por la Administración tributaria. [...] dentro de los tres años siguientes a la fecha de presentación de la declaración*”, pero que “*una vez efectuada la comprobación o transcurrido el plazo para la misma, el saldo de la cuenta podrá destinarse a la eliminación de resultados contables negativos*”. Por lo tanto, si asumimos que dicha comprobación se ha realizado o que ha transcurrido el plazo, podríamos disponer de este importe para compensar resultados negativos, quedando las pérdidas acumuladas en 25 millones de euros (30.000.000 € - 25.000.000 €).

De este modo, el cuadro de información financiera de la Sociedad quedaría de la siguiente manera:

| Pasivo y Patrimonio Neto | Millones de Euros (antes) | Millones de Euros (paso 1) | Millones de Euros (paso 2) |
|--|----------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|
| Capital Social | 50 | 50 | 50 |
| Reserva Legal y Estatutaria | 30 | 30 | 30 |
| Reserva Voluntaria. | 10 | 10 | 0 |
| Reservas de Revalorización | 5 | 5 | 0 |
| Otras Aportaciones de Socios (cuenta 118 PGC) | 20 | 90 | 0 |
| Beneficio del Último Ejercicio | 5 | 5 | 5 |
| Préstamos Participativos con Sociedades del Grupo. | 70 | 0 | 0 |
| Pérdidas Acumuladas de Ejercicios Anteriores. | (130) | (130) | (25) |
| Total (Patrimonio Neto) | (10) | 60 | 60 |

En conclusión, aunque la Sociedad se encuentra actualmente en una situación en la que no podría repartir dividendos, con los ajustes de reestructuración de partidas que proponemos, podría repartir hasta 10 millones de euros en concepto de dividendos.

Los 10 millones a repartir podrían extraerse de la partida de Beneficios del Último Ejercicio (5.000.000 €) y del exceso de reserva legal (pues si hemos asumido que 15 de los 30 millones expresados en la tabla se corresponden con la reserva legal, existiría un exceso de 5 millones (5.000.000 €)

Además, las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores quedan reducidas a 25 millones de euros, lo cual supone una mejora de la imagen financiera con respecto a la situación inicial.

Por tanto, podemos resumir el análisis de cumplimiento de requisitos para la distribución de dividendos en la siguiente tabla:

| Pasivo y Patrimonio Neto | Millones de Euros (antes) | Millones de Euros (después) |
|---|----------------------------------|------------------------------------|
| Que la Sociedad cuente con un capital social mínimo de 1 € | ✓ | ✓ |
| Que la sociedad tenga cubierta la reserva legal del 20% del capital social | ✓ | ✓ |
| Que la Sociedad no se encuentre en causa de disolución | ✓ | ✓ |
| Que la reserva legal del 20% del capital social se encuentre cubierta | ✓ | ✓ |
| Que las pérdidas que dejen reducido el patrimonio por debajo del capital social. | ✗ | ✓ |
| Que las reservas disponibles sean igual o superiores al importe de los gastos de investigación y desarrollo | ✓ | ✓ |
| ¿Se pueden repartir dividendos? | NO | SÍ |
| Importe a repartir en dividendos | 0 | 10 |

2 Sobre el nombramiento de un administrador por parte de un socio minoritario

2.1 Identificación de la contingencia.

Nos encontramos ante un supuesto en el que uno de los socios minoritarios considera tener derecho a modificar de manera unilateral la composición del Consejo de Administración (en adelante el “**Consejo**”) de la Sociedad por su porcentaje de participación en la misma. En caso de no ser exitoso, advierte a la sociedad de su intención de iniciar una acción de responsabilidad.

Entendemos pues, que la contingencia se encontraría en (i) la posibilidad de que D. Omar nombre a un nuevo administrador; y (ii) la posible acción de responsabilidad que pudiera iniciar D. Omar como consecuencia de la imposibilidad de nombrarlo.

2.2 Cuantificación de la contingencia

Para evaluar el posible riesgo y consecuencias que pueden suponer el comportamiento de D. Omar, debemos analizar lo alegado por partes. Por un lado, evaluaremos la viabilidad de la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo administrador. Por otro lado, analizaremos las probabilidades de que una ulterior acción de responsabilidad prospere, en caso de que el nombramiento no tenga lugar.

- I. El nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad por el mecanismo de representación proporcional.

En cuanto a la posibilidad de que prospere la propuesta de D. Omar de nombrar a D. Lewis García, es necesario destacar en primer lugar que el complemento del orden del día no puede tener lugar, pues se trata de un supuesto reservado exclusivamente para las sociedades anónimas recogido en el art. LSC y la sociedad Producciones Gasolina, S.L. es una sociedad limitada.

No obstante, el nombramiento y cese de administradores se encuentra entre las materias que no necesitan ser incluidas en el orden del día para su tratamiento en la Junta General (en adelante, la “Junta”), tal y como recoge el art. 223 LSC e insiste la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, (la “DGSJFP” y anteriormente conocida como Dirección General de Registros y Notariado) de 10 de mayo de 2011¹². Por lo tanto, es irrelevante para este caso en particular que el socio minoritario no pueda solicitar el complemento del orden del día; podrá plantear la cuestión del nombramiento de todos modos en la Junta. Por ello, procedemos a analizar esta posibilidad.

Puesto que el nombramiento ordinario de administradores requiere la mayoría de la Junta General, el único mecanismo viable por el cual D. Omar podría nombrar por sí solo a un administrador sería el de representación proporcional, que la LSC prevé exclusivamente para las sociedades anónimas (art. 243 LSC). El art.191 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (“RRM”) prohíbe expresamente este mecanismo de nombramiento para las sociedades limitadas.

Se trata de una distinción que lleva arraigada en la normativa societaria un tiempo, pues la Resolución de la DGSJFP de fecha 15 de septiembre de 2008 lo confirma con anterioridad a la entrada en vigor de la LSC actual.

No obstante, DGSJFP ha permitido recientemente en su resolución de 28 de marzo de 2022 la inscripción de una cláusula estatutaria relativa al sistema de representación proporcional en el consejo de administración de una S.L.¹³ Dicho esto, no tenemos constancia de que los Estatutos de la Sociedad contengan una cláusula similar.

¹² “Durante la celebración de la [Junta General], se puede acordar la separación del Administrador e incluso ejercitar frente al mismo la acción social de responsabilidad, que lleva aparejada su destitución, sin necesidad de que dichos acuerdos consten en el orden del día de los asuntos a tratar”.

¹³ “la elección del sistema de representación proporcional por los socios de una sociedad limitada, en tanto no se muestra una elección que sea contraria a ninguna norma imperativa ni atenta contra los principios inspiradores del tipo social de las sociedades limitadas, se muestra plenamente amparado por el principio de la autonomía de la voluntad de los socios consagrado por el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital.”

Aun así, situándonos ante la posibilidad de nombrar a un administrador mediante representación proporcional en una sociedad limitada, es necesario analizar los requisitos que deben darse para que ésta pudiera tener lugar. De la redacción del art. 243 LSC deducimos lo siguientes:

- Ostentar un porcentaje de participación igual o superior al resultante de dividir el número de participaciones entre el número de miembros del Consejo para poder nombrar un administrador por representación proporcional; y
- La existencia de una vacante en el Consejo.

En cuanto a la cuestión del porcentaje necesario, entendemos que D. Omar sí tendría la capacidad para nombrar a un administrador, puesto que, dividiendo el total de las participaciones entre número de administradores (5), llegamos a la conclusión de que solo se necesita un 20% de participación para nombrar a un socio a través del sistema de representación proporcional y el socio cuenta con un 25% de las participaciones.

Ahora bien, con respecto a la existencia de una vacante en Consejo, entendemos que se encuentra compuesto por 5 administradores por ser ésta la configuración del Consejo de administración que prevén los Estatutos Sociales (en adelante, los “Estatutos”) y que, por lo tanto, actualmente no existe ninguna vacante en el Consejo. De ser este el caso, sería necesario cesar a uno de los administradores para poder nombrar a uno nuevo.

Según la SAP Madrid 90/2023, del 3 de febrero de 2023¹⁴, el administrador puede ser cesado por cualquier razón o, es más, por ninguna razón aparente puesto que no es necesario exponer los motivos del cese.

En cualquier caso, el cese requeriría la aprobación por la mayoría que venga establecida en los Estatutos. Como mínimo, dicha mayoría deberá ser “por 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”, tal y como se establece en el art. 198 LSC. Además, el art. 223 LSC prevé la posibilidad de fijar una mayoría reforzada a la hora someter a votación cese de un administrador, siempre que supere “los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.” Ambos supuestos suponen la imposibilidad de cesar a un administrador contando únicamente con una participación del 25% de la Sociedad.

Tampoco sería posible nombrar a un sexto administrador si los Estatutos solo prevén cinco administradores en el Consejo, puesto que ello requeriría cambiar la

¹⁴ “Se refuerza así la facultad de la junta para separar ad nutum a los administradores sin necesidad de justificar la existencia de causa alguna que motive la destitución, por lo que tampoco cabe exigir una “necesidad razonable” del acuerdo de cese. El acuerdo de la junta no precisa justificación alguna. Ni siquiera que sea cierta la causa expuesta. Es más, resulta factible no expresar las razones del cese.”

estructura del órgano de administración, y, por consiguiente, modificar los Estatutos. Esto último requeriría la aprobación por mayoría reforzada del art. 199 LSC (“el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”).

Por lo tanto, aunque D. Omar cuente con una participación suficiente como para nombrar a un administrador por el mecanismo de representación proporcional, lo cierto es que por sí solo no cuenta con una participación suficiente para cesar a uno de los administradores existentes, ni para modificar los estatutos e incluir a un sexto administrador.

Ahora bien, en el caso de que en un momento posterior se produjera una vacante (ya por cese, dimisión, o por cualquier otra razón), lo cierto es que D. Omar sí se encontraría en posición de hacer uso del sistema de representación proporcional y nombrar a D. Lewis García administrador de la Sociedad.

II. Posibilidad de que prospere una eventual acción de responsabilidad y sus posibles consecuencias y costes.

Haciendo analizado la probabilidad de que prospere el nombramiento, es preciso identificar el tipo de acción de responsabilidad que podría llegar a iniciar D. Omar en el caso de no satisfacerse su interés en nombrar a D. Lewis administrador. Para ello, plantaremos la posibilidad y consecuencias de que (i) iniciase una acción social de responsabilidad; y (ii) que iniciase una acción individual de responsabilidad

(i) Acción social de responsabilidad.

Puesto que el art. 238 LSC establece que la acción social deberá ser acordada en junta por mayoría ordinaria, parece evidente que el socio minoritario deberá recurrir a la acción individual. No obstante, el legislador prevé una acción directa por parte de las minorías en su art. 239 LSC,

Entendemos que con “el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general”, el legislador se refiere al cinco por ciento establecido en el art. 168 LSC, que se trata del mínimo de participación por el cual los socios pueden exigir al Consejo la convocatoria de la Junta.

Habiendo realizado esta observación, concluimos que D. Omar cuenta con legitimación activa para entablar una acción social de responsabilidad.

Dicho lo cual, es necesario entender si existen posibilidades de que una acción social de responsabilidad prospere en estas circunstancias.

En primer lugar, es evidente que la acción debe basarse en el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas para los

administradores en cumplimiento con el deber de lealtad de los arts. 228 (obligaciones básicas) y 229 (deber de evitar situaciones de conflicto de interés).

Según Alfaro, el deber de lealtad se concreta en la obligación de evitar actuar o colocarse en cualquier situación de conflicto de interés y en caso de ser colocado en una situación de tal carácter, tiene el deber de abstenerse de aprovecharla.

Basándonos en dicha definición, entendemos que en ningún caso se podría considerar que el acuerdo negativo de la Junta para denegar la propuesta de nombramiento de administrador sin existir vacante puede dar lugar a un incumplimiento del deber de lealtad, entre otras cosas, porque no son los administradores los que votarán a favor o en contra de la propuesta de D. Omar, sino los socios en la Junta.

Acción individual de responsabilidad

En caso de no poder probar el daño social por parte de D. Omar, es la acción individual la que se contempla para compensar un daño causado a un solo socio y no al patrimonio social, por lo que podría tratar de plantear este tipo de acción.

Sentado lo anterior, resulta necesario identificar por qué tipo de conductas puede iniciarse la acción individual de responsabilidad, dada la escueta redacción del art. 241 LSC.

En suma a lo establecido el apartado anterior acerca de la necesidad de haberse dado un incumplimiento de los art. 228 y 229 LSC, la STS núm. 131/2016 de 3 marzo, declara que para que la acción individual de responsabilidad prospere, deben darse los siguientes supuestos:

- *“(i) incumplimiento de una norma, en concreto, debido al comportamiento omisivo de los administradores;*
- *(ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como Consejo social;*
- *(iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño;*
- *(iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y*
- *(v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero”.*

Puesto que la votación en la Junta no es una función de los administradores, ni mucho menos una obligación por disposición legal, consideramos que no se dan los requisitos para que la acción individual de responsabilidad pueda prosperar.

2.3 Solución propuesta

Con respecto a la posibilidad de que D. Omar pueda nombrar a D. Lewis como nuevo administrador de la Sociedad, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. D. Omar no puede llevar a cabo el nombramiento de D. Lewis por el cauce ordinario por ser socio minoritario y no contar con una representación suficiente para aprobar el nombramiento.
2. Tampoco puede recurrir al sistema de representación proporcional por estar previsto exclusivamente para las sociedades anónimas.
3. Aunque el sistema estuviese previsto en los Estatutos de la Sociedad, actualmente no existe una vacante en el Consejo de administración.
4. Solo en el caso de que se diese una vacante podría llegar a nombrar a un administrador mediante el sistema de representación proporcional.

Por todo ello, aconsejaríamos, como solución menos conflictiva, evitaren la medida de lo posible que se produzca una vacante en el Consejo de momento para que D. Omar no tenga la oportunidad de nombrar al nuevo administrador a través del sistema de representación proporcional.

Adicionalmente, como medidas más “activas” proponemos a la sociedad dos opciones:

1. El nombramiento de Administradores suplentes para cada uno de los cinco administradores actuales. El art. 216 prevé la constitución de esta figura “*para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos*”. De este modo, en caso de darse una baja por parte de alguno de los cinco administradores, saltaría la figura del suplente y no sería necesario recurrir a la representación proporcional para nombrar a uno nuevo. Adicionalmente, el apartado 2 del artículo mencionado establece que “si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra”, por lo que, en sentido contrario, de no haber un plazo establecido para ejercicio del cargo de administrador, el suplente se podría mantener en su puesto de forma indefinida.

2. La modificación de los Estatutos Sociales para reducir el número de administradores¹⁵ a tres. De este modo, para poder nombrar a un administrador por representación proporcional sería necesario ostentar por lo menos un 34% del capital social. Se trata de una opción más involucrada, pues requeriría aprobar la modificación de los Estatutos Sociales. Además, podría llegar a ser más problemática, pues D. Omar podría tratar de impugnar el acuerdo de modificación de los Estatutos (y esta vez, con más razón) y alegar que es evidente que la decisión se toma con el único motivo de perjudicarlo. No obstante, la judicialización del conflicto daría lugar a un largo proceso que, como mucho, resultaría en la anulación del acuerdo de modificación de estatutos.

En cuanto a la posibilidad de que prospere una acción de responsabilidad contra el Consejo, entendemos que la conducta “omisiva” de los administradores, consistente no impulsar el cese y nombramiento por parte del socio minoritario no puede constituir un supuesto de incumplimiento del deber de lealtad puesto que:

- Los administradores no pueden participar en la votación de los acuerdos de la Junta;
- no existen evidencias de que la conducta “omisiva” haya causado ningún daño personalmente a D. Omar; y
- Tampoco existen evidencias de que la conducta “omisiva” haya causado ningún daño a la Sociedad.
- Además, es evidente que D. Omar no está actuando en interés de la Sociedad, sino que está actuando en su propio interés y con el único objetivo de conseguir nombrar a su propio administrador

Por lo tanto, la pretensión de D. Omar se encuentra infundada y la probabilidad de que su acción de responsabilidad prospere es muy escasa, y, en consecuencia, consideramos que la Sociedad no se encuentra en peligro de ser declarada responsable por daños causados al socio minoritario.

3 Sobre los límites del derecho de información del socio minoritario

3.1 Identificación de la contingencia

Nos encontramos con el mismo socio minoritario, esta vez tratando de solicitar una información que no le es relevante ni útil y que entorpece el resto de las labores del Consejo.

¹⁵ Alfaro, J. (2017) El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros.

Para poder decidir si denegarle o no la información solicitada a Don Omar, es necesario entender cuáles son los límites del derecho de información y cuándo en qué supuestos es posible privar a un socio de información de la sociedad.

Con respecto a este asunto, Jesús Alfaro Águila-Real se posiciona a favor de la doctrina tradicional, que sostiene que el derecho de información es un derecho instrumental¹⁶ y no autónomo, que permite al socio ejercer sus derechos sustantivos (como el derecho de voto, por ejemplo) de forma libre e informada.

Se trata de un matiz sumamente importante, puesto que esto puede determinar qué información es necesaria proporcionar y qué información se puede denegar al socio.

Partiendo de esta concepción, entendemos que el derecho de información solo es vulnerado cuando la falta de información impide el ejercicio libre e informado de los derechos sustantivos del socio.

Por esta razón, para determinar si la denegación de la información está justificada, puede ser clave el hecho de que D. Omar “realic[e] este tipo de peticiones de forma recurrente”, puesto que esto puede dar a entender que el socio minoritario conoce ya los datos esenciales de la información que exige de forma reiterada.

Esto, junto con el hecho de que su intención es claramente poner trabas al ejercicio de las funciones del Consejo, podría dar luz verde a la denegación de la información.

No obstante, nos encontramos con la problemática de que D. Omar ostenta el 25% de las participaciones de la sociedad y el art. 196.2 LSC es claro; “No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.”

La resolución de esta contingencia es, pues, más complicada. No obstante, proponemos dos argumentos para denegar justificadamente la entrega de información al socio minoritario que actúa de mala fe, aunque éste ostente un 25% de las participaciones:

En primer lugar, el art. 196 LSC establece claramente que la información que el socio tiene derecho a solicitar debe ser “acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día”. Puesto que el asunto sobre el que solicita D. Omar la información no se encuentra en el orden del día, parece que su pretensión no queda amparada por la disposición de la LSC.

Por otro lado, la información que solicita es muy confidencial y puede estar utilizándola el socio minoritario para competir contra la sociedad. En este sentido, la SAP Las Palmas núm. 1046/2021 de 4 octubre aclara que “el interés de la

¹⁶ Jesús Alfaro. (2023). El derecho de información del socio.

sociedad en no difundir ciertos datos supone un límite al derecho de información cuando la comunicación de los datos solicitados, incluso dentro del círculo de accionistas puede perjudicar los intereses sociales”.

Adicionalmente, como venimos exponiendo, otro límite al derecho de información debe ser el principio general de la buena fe, por lo que, si la exigencia del socio no proviene de una necesidad de informarse antes de participar en la Junta, sino de la intención de ralentizar la toma de decisiones, ésta no debería ser de obligado cumplimiento.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia provincial de Burgos, en la que se declara que:

“la actuación de los actores solicitando información no fue acorde con la buena fe, dado que si los actores no recibieron la documentación solicitada ello fue debido, no a que la sociedad denegase tal solicitud o la tramitase con falta de diligencia, sino a que los propios actores retrasaron, presumiblemente a sabiendas de las consecuencias del retraso y buscando a propósito tener una causa de impugnación de los acuerdos sociales, la solicitud y no ejercitaron medios alternativos para obtener la información solicitada, pues no acudieron al domicilio social para examinar la documentación social ni en la propia junta recabaron de modo expresado e inequívoco el examen de los documentos solicitados; a todo lo cual cabe añadir que los actores conocían desde semanas antes a la celebración de la junta los datos esenciales de la información recabada”.

Puesto que de la información proporcionada en el caso se infiere que el socio minoritario ha solicitado esta misma información varias veces, sería viable apoyarnos en esta línea de argumentación. Asimismo, sería conveniente hacer saber a D. Omar que la información que solicita está a su disposición en el domicilio social de la sociedad, y que la puede consultar él mismo sin que sea necesario que se la proporcione el Consejo.

Por último, si la información que solicita D. Omar es tan detallada que requiere que el Consejo elabore un informe o documento *ad hoc* que no existía con anterioridad a la petición del socio minoritario, la sentencia SJM núm. 135/2020 de 16 de noviembre considera que dicha información queda fuera de los límites del derecho de información del socio.

A tenor de dicha Sentencia “no se le facilitó uno de los listados solicitados... (por)que no existía previamente, ni forma parte de los documentos que sirven de soporte a las cuentas anuales, sino que dicho listado requería una elaboración *ad hoc*”

3.2 Cuantificación de la contingencia

La consecuencia principal de una eventual vulneración del derecho de información es la posible impugnación de acuerdos por haber vulnerado el derecho de información de D. Omar.

Conforme al régimen previsto en la LSC, son impugnables los acuerdos de la junta general de socios que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social.

No obstante, el apartado 3 del art. 204 limita el poder de impugnación de acuerdos del socio que considera que su derecho de información ha sido vulnerado. Concretamente, la sección b) de dicho apartado es especialmente relevante para el asunto que nos ocupa, pues neutraliza la posibilidad de impugnar un acuerdo basándose en *“la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”*

En nuestro caso, la información que solicita D. Omar es muy concreta y trata de las ventas de ciertos discos lanzados en 2023, lo cual podría no considerarse parte de la “información esencial” que requiere el socio medio para ejercer sus derechos.

En este respecto, a tenor de la SAP Barcelona núm. 1413/2019 de 17 julio: *“para que la infracción del derecho de información pueda justificar la nulidad de un acuerdo social es preciso que se pueda hacer un juicio de relevancia entre la infracción social y el ejercicio adecuado del derecho de voto por parte del socio”*. Esto viene a determinar que, para que pueda prosperar la impugnación de los acuerdos, la falta de información debe ser tan importante que lleve a error al socio a la hora de votar.

Por lo tanto, entendemos que, al tratarse de una información muy específica o concreta sobre un asunto que en nada afecta la formulación de su voluntad para votar los acuerdos de la Junta, la entrega de una información inexacta o incompleta de aquello que solicita no tendría realmente ninguna consecuencia legal.

3.3 Solución propuesta

Es evidente que al solicitar de forma reiterada una información tan precisa y de tan poca utilidad para él, D. Omar está actuando de mala fe para tratar de entorpecer el normal funcionamiento de la Junta y del Consejo. Por ello, consideramos que el Consejo puede negarse a proporcionar la información solicitada al socio minoritario, justificándose en que:

- Lo que solicita no se encuentra en el orden del día.

- La información que solicita es muy confidencial y puede estar utilizándola el socio minoritario para competir contra la sociedad.
- La información solicitada ya le ha sido proporcionada en ocasiones anteriores y no es necesaria para adoptar ningún acuerdo.

Consideramos que el riesgo que correría la Sociedad sería muy bajo, pues la consecuencia más grave sería que el socio impugnase el acuerdo negativo en sede judicial y que los juzgados obligasen al Consejo a proporcionar la información.

No obstante, en caso de que la Sociedad opte por proporcionar la información a D. Omar, ésta deberá entregarse en los términos establecidos por el art. 196 LSC.

- Forma: el art. 196 permite que la información sea proporcionada “en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada”. Por lo tanto, si D. Omar solicitó la información sobre las ventas de los discos por escrito, la información deberá serle proporcionada por escrito. Asimismo, si la petición es realizada oralmente durante una junta, ésta podrá ser respondida de forma oral durante la sesión.
- Plazo: menos evidente de la redacción de la disposición. En este sentido, la SAP Las Palmas núm. 1046/2021 de 4 octubre prevé que *“si se formulan por escrito deberán efectuarse en el espacio temporal que va desde la convocatoria de la Junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta y si es verbalmente durante el desarrollo de la junta general”*.

PARTE 3

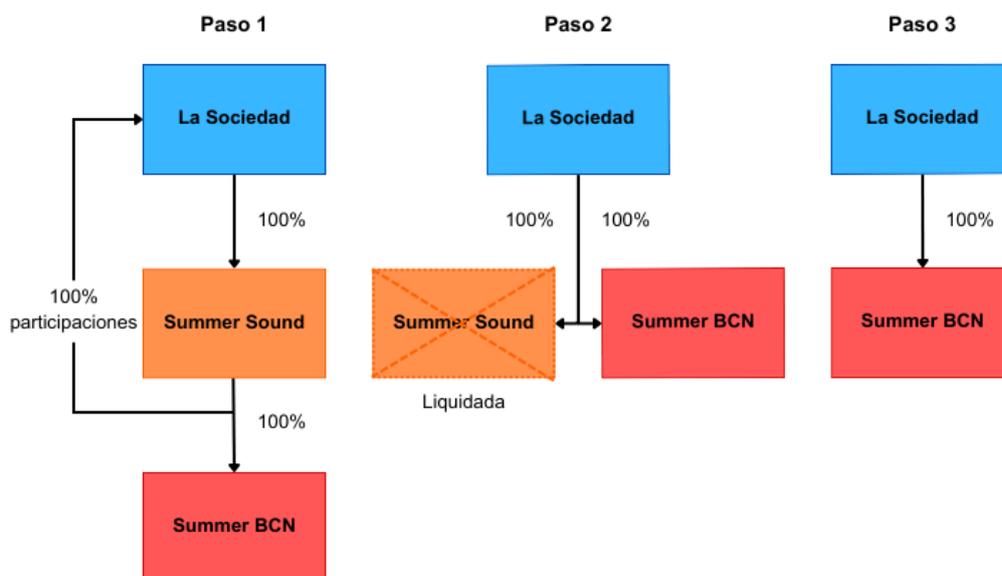
1 Sobre la liquidación de la filial manteniendo el control sobre la subfilial

Con el fin de que la Sociedad adquiriera el control de Summer Sound Barcelona, S.L.U (“**Summer BCN**”, o la “**Subfilial**”) y liquide Summer Sound, S.L.U. (“**Summer Sound**” o la “**Filial**”) contemplamos las siguientes opciones:

- i. Adquisición del 100% de las participaciones sociales de Summer BCN por parte de la Sociedad.
- ii. Liquidación de la filial Summer Sound y transmisión de su patrimonio a la Sociedad como cuota de liquidación.
- iii. Absorción de Summer Sound por parte de la sociedad, pasando a formar parte de su patrimonio las participaciones de Summer BCN.

Alternativas para la adquisición del 100% de las participaciones de Summer BCN

1.1 Transmisión del 100% de las participaciones sociales de Summer BCN a la Sociedad



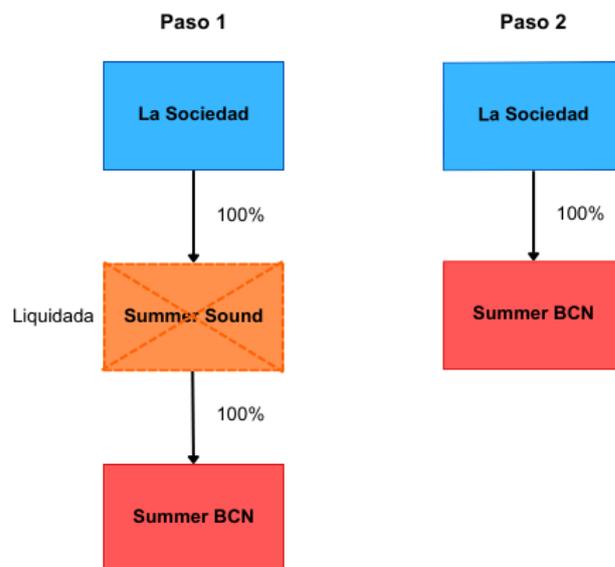
En este supuesto, Summer Sound transmite el 100% de las participaciones de Summer BCN a la Sociedad mediante una aportación no dineraria intragrupo que ha de formalizarse en una escritura de transmisión de participaciones, de tal forma que la Subfilial pasa a ser una filial 100% participada por la Sociedad.

Para ello, sería necesario:

- El acuerdo del Socio único de Summer Sound para aprobar la transmisión de las participaciones de Summer BCN.
- Otorgar escritura de la transmisión de las participaciones
- Certificar el cambio de Socio único de Summer BCN en el RM
- Liquidar la filial una vez realizada la transmisión de las participaciones.

Se trata de una opción viable para adquirir el control de la Subfilial y liquidar la Filial, Sin embargo, contemplamos a continuación una segunda opción más eficiente, puesto ésta se realiza en tres pasos.

1.2 Liquidación de Summer Sound y transmisión de su patrimonio a la Sociedad como cuota de liquidación.



En este caso la Sociedad sucedería a Summer Sound en la posición como socio único de Summer BCN como consecuencia de la extinción de la personalidad jurídica de Summer Sound.

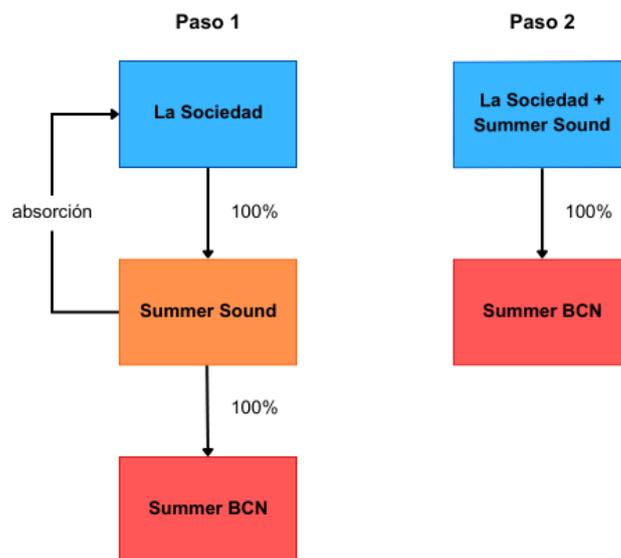
Para ello, sería necesario:

- La decisión liquidación del del Socio Único
- Iniciar el proceso de liquidación Summer Sound y la transmisión de la cuota de liquidación de la Sociedad, que sería del 100%.
- Otorgar escritura de la transmisión de las participaciones
- Certificar el cambio de Socio único de Summer BCN en el RM

Consideramos que esta es la forma más adecuada de adquirir el control de Summer BCN, ya que, si bien el resultado final es el mismo que en la primera opción (la transmisión del 100% de las participaciones a la Sociedad), entendemos que la presente operación es más eficiente, puesto que la intención de la Sociedad es liquidar la Filial en cualquiera de los casos y de este modo se consigue en una misma operación.

Así, ambos objetivos (liquidar la filiar y adquirir el control del 100% de Summer BCN) son alcanzados en una sola operación, con la ventaja de poder liquidar el resto del patrimonio de Summer Sound que puede no resultar de interés para la Sociedad y recibir el resto de su cuota de liquidación en metálico.

1.3 Absorción de Summer Sound por parte de la Sociedad.



En este supuesto, al igual que en el segundo supuesto, se consigue extinguir la Filial y adquirir el control sobre la Subfilial.

Adicionalmente, optando por la absorción no sería necesario liquidar el patrimonio de la sociedad para adquirir las participaciones de la Summer BCN, pues el patrimonio de Summer Sound se transmitiría en bloque a su matriz, quedando éste intacto.

No obstante, ésta es precisamente la razón por la que consideramos que opción no sería recomendable, puesto que Summer Sound presenta un rendimiento económico negativo y la absorción supondría la transmisión en bloque y por sucesión universal todo el patrimonio de la Filial, incluyendo todas sus pérdidas.

Esto último tendría un impacto negativo en la imagen financiera de la Sociedad, por lo que no recomendamos realizar esta operación para tomar el control de Summer BCN.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que la opción más adecuada y eficiente para adquirir el control Summer BCN y liquidar Summer Sound es la segunda: la liquidación de Summer Sound y transmisión de su patrimonio a la Sociedad como cuota de liquidación.

Aspectos a tener en cuenta con respecto al cambio de control de Summer BCN.

1. Consecuencias fiscales
2. Consecuencias contractuales como consecuencia de cambio de control

Consecuencias fiscales

La Sociedad, como nuevo Socio Único, tributará por la ganancia patrimonial derivada de la adquisición de su cuota de liquidación, a través del Impuesto de Sociedades.

Consecuencias contractuales como consecuencia de cambio de control

La Sociedad debe tener en cuenta el impacto que el cambio de Socio Único puede tener en:

- Los contratos laborales: el cambio de Socio único puede considerarse un cambio de empleador, lo cual, según el art. 44 del Estatuto de los trabajadores, exige al nuevo empleador a asumir a la totalidad de los trabajadores que tenía el anterior, manteniendo todos sus derechos adquiridos
- las relaciones con proveedores de servicios y suministros: los contratos con proveedores esenciales para el funcionamiento de la actividad de Summer BCN pueden haber acordado en sus contratos una cláusula de cambio de control por la cual se podría resolver el contrato en caso de existir ahora un socio único nuevo.
- los contratos de arrendamientos y concesiones: Al igual que en el supuesto de los proveedores, los contratos de arrendamiento pueden contener cláusulas de cambio de control o prohibiciones de cesión y subarriendo que permitan a los arrendadores resolver el contrato en caso de que subrogarse la Sociedad en la posición de Summer Sound

1.4 Disolución y liquidación de Summer Sound

I. Identificación de la causa de disolución

La LSC recoge una serie de supuestos por los que se puede (o se debe) liquidar y extinguir una sociedad. Estas pueden ser:

- De pleno derecho: se trata de supuestos en los que la caducidad de la sociedad se encuentra ya prevista, como puede ser la finalización del plazo de duración previsto para la sociedad en sus propios estatutos sociales.
- Por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria: encontramos aquí los supuestos en los que la situación de la sociedad exige por mandato social ser liquidada, como puede ser las causas de disolución estipuladas en el art. 363 LSC.
- Por mero acuerdo de Junta General o decisión del Socio Único (art. 368 LSC).

Puesto que de la información proporcionada parece que la única razón para disolver son pérdidas que está experimentando la Filial, entendemos que se trata de una decisión estratégica de la Matriz y que por lo tanto se trata simplemente de una extinción por voluntad del socio único.

En ese caso, la disolución se podrá iniciar con una mera decisión del socio único. Dicha decisión deberá ser debidamente certificada y elevada a público, puesto que deberá quedar constancia de ello en el RM.

II. Proceso de disolución y liquidación

1. **Decisión del Socio Único:** En este caso, al ser la Sociedad el único socio de Summer Sound, podrá aprobar la disolución de ésta última simplemente mediante decisión del Socio Único.
2. **Disolución y liquidación simultáneas:** puesto que Summer Sound no cuenta con deudas frente a acreedores ni créditos por cobrar, consideramos que sería una opción más eficiente la de aprobar la disolución de la Filial y la liquidación de su patrimonio en un único acto. Este supuesto se permite en los casos en que:
 - la sociedad que se extingue no tiene deudas
 - no tiene patrimonio a repartir; o su patrimonio consiste sólo en dinero; o su patrimonio consiste también en bienes, pero los socios acuerdan cómo adjudicárselos en pago de su cuota de liquidación (es que caso quedaría cubierta pues el Socio Único sería el único adjudicatario de la cuota de liquidación del 100% de Summer Sound).
 - Para ello, la decisión del Socio Único deberá contener los siguientes aspectos que prevé la ley para la apertura de la fase de liquidación:
 - El cese de los administradores y nombramiento de liquidadores,
 - la aprobación del balance final de liquidación
 - la determinación de la cuota de liquidación y de la propuesta de reparto (esto último no sería necesario dado que el único socio a repartir es la Sociedad).
3. **Elevación a escritura pública el acuerdo de disolución y extinción:** Se otorga una escritura pública de extinción, junto con un balance final de liquidación y la distribución de la cuota de liquidación al Socio Unico, tal y como se establece en el artículo 395 LSC.
4. **Cancelación de los Asientos Registrales:** Trans inscribirse la escritura de extinción en el RM, se procederá a la cancelación de todos los asientos de Summer Sound (396 LSC y 247 RM).

2 **Sobre las formas de adquisición de control sobre una sociedad cotizada**

Al ser Biza una sociedad cotizada, cualquier operación que suponga la adquisición de un porcentaje significativo de acciones supone la obligación de someterse a una normativa mucho más estricta que la aplicable a operaciones con sociedades cerradas (es decir, sociedades que no cotizan en Bolsa), en la que se puede ver

involucrada tanto la Comisión Nacional del Mercados de valores (“CNMV”), como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”).

Por lo tanto, es esencial identificar las potenciales implicaciones legales que puedan resultar de adquirir las acciones de BZRP Hits, S.A. (“Biza”) en cada uno de los tres escenarios que baraja la Sociedad.

Para ello procedemos a analizar cada una de las situaciones en relación con (i) la posible necesidad de lanzar una oferta pública de adquisición (una “OPA”) y (ii) la aplicación de otras normas imperativa en relación con la adquisición, como puede ser prohibiciones o limitaciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (La, “LDC”).

2.1 Aspectos a tener en cuenta con respecto a la normativa sobre los mercados de valores y las OPAs

De conformidad con la definición de la CNMV, una OPA es “una operación por la que una o varias personas físicas o sociedades ofrecen a todos los accionistas de una compañía cotizada la compra de sus acciones, o de otros valores que permitan adquirirlas, a cambio de un precio.”

Es importante informar a la Sociedad de este tipo de operación, pues la legislación prevé en ciertos casos la obligación de lanzar una OPA cuando una sociedad toma el control sobre otra sociedad que cotiza en el mercado de valores.

En concreto, el art. 4.1.a del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (la “Ley de OPAs” o “RD OPA”) define el concepto de “participación de control” como aquel supuesto en el que:

“una persona física o jurídica tiene, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, una participación de control de una sociedad cuando se dé uno de los siguientes supuestos:

a) Cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100; o bien,

b) cuando haya alcanzado, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto inferior y designe, en los 24 meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior, en los términos del artículo 6, un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad.”

El fundamento de esta obligación surge de la necesidad de proteger el principio de igualdad de trato entre los accionistas minoritarios¹⁷ para darles una salida tras la toma de control recibiendo una parte equitativa de la prima de control¹⁸.

En el presente caso, debemos centrarnos en el primero de los supuestos de adquisición de participación de control, pues la Sociedad está interesada en adquirir acciones de Biza en unos porcentajes que podrían superar el umbral del 30% descrito.

Por lo tanto, procedemos a analizar si cabe subsumir cada una de las opciones de adquisición de acciones en el supuesto de participación de control del art. 4.1.a) de la Ley de OPAs.

I. Escenario 1: Adquisición del 29,99% de las acciones de Biza

A simple vista, la respuesta a puede parecer sencilla: con la adquisición del 29,99% de las acciones de Biza, la Sociedad permanece justo por debajo del umbral de la OPA del 30% dispuesto en la RD OPA.

No obstante, es necesario analizar el resto de las estipulaciones recogidas en el artículo 4, pues el apartado 1 establece que la obligación de lanzar una OPA es de aplicación cuando el control se adquiere no solo de forma individual, sino también *“de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella”*.

Puesto que la operación se pretende llevar a cabo por recomendación de D. Raúl, consejero delegado de la Sociedad accionista de Biza con un 6% de sus acciones, entendemos que podría considerarse que D. Raúl y la Sociedad están actuando de forma concertada y que, por lo tanto, la Sociedad estaría realmente alcanzando en conjunto con su consejero delegado un 35,99% de los derechos de voto de Biza.

A estos efectos, el art. 5.1 de la Ley de OPAs establece que:

“Se atribuirán a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan a las siguientes personas o entidades:

a) Los que pertenezcan al mismo grupo, tal como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los de los miembros de sus órganos de administración, salvo prueba en contrario.”

Por ello, consideramos que en el presente supuesto la Sociedad se vería obligada a lanzar una OPA obligatoria por el 100% de las acciones de Biza por aplicación del art. 3.3 RD OPA.

¹⁷ Principio que queda recogido en el art. 3.1 de la Directiva 2004/25 CE relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. explica que se denomina “prima” por ser un sobreprecio que, de no ser a cambio de tomar el control de la cotizada, el comprador no estaría dispuesto a asumir. La OPA obligatoria. Madrid: Ed Civitas, 1996, pp. 167.

II. Escenario 2: Adquisición directa del 12% de las acciones de Biza + pacto de voto con Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones

Una vez más, si bien parece que en este supuesto la sociedad está adquiriendo un porcentaje muy inferior al 30% establecido en el umbral del art. 4.1.a) de la Ley de OPAs, el pacto de voto con Dña. Natalia Antillano puede dar lugar igualmente a la necesidad de lanzar una OPA obligatoria.

En este sentido, es necesario precisar que el pacto de voto con Dña. Natalia no se trata de un pacto parasocial. Cándido Paz-Ares define estos últimos como *“los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen”*¹⁹. La Sociedad no es aún accionista de Biza, por lo que su acuerdo de voto con Dña. Natalia queda fuera de la definición del Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Ahora bien, esto no significa que la presente operación quede liberada de la obligación de lanzar la OPA. El pacto de voto seguiría contabilizándose de cara a la superación del umbral del 30% por medio del art. 5.1.b) de la Ley de OPAs, pues según este artículo, se incluye en el cómputo de los porcentajes de derechos de voto:

“Los de las demás personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta o de forma concertada con ella. Se entenderá que existe dicho concierto cuando dos o más personas colaboren en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada.”

Teniendo en cuenta que la finalidad con la que la Sociedad pacta el acuerdo de voto con Dña. Natalia no es otra que adquirir un porcentaje significativo en la cotizada, entendemos que dicho pacto queda dentro del alcance del art. 5.1.b), aunque técnicamente no se trate de un pacto parasocial.

Por ello, llegamos a la conclusión de que este supuesto también daría lugar a una OPA obligatoria, pues el porcentaje de las acciones de la Sociedad y Dña Natalia sumarían en conjunto un 40% de las acciones de Biza.

III. Escenario 3: Adquisición del 100% de las acciones de Biza

Este supuesto parece ser el más evidente para el cual sería necesario lanzar una OPA, pues la Sociedad no estaría interesada en adquirir solo un 30% de las acciones de Biza, sino la totalidad de las acciones y derechos de voto de la cotizada.

¹⁹ PAZ-ARES, C. EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, edición N.O 5/2003, págs. 19-43.

Dicho esto, el art. 8.c) prevé un supuesto excluido de la OPA obligatoria que requiere que todas las acciones de la sociedad cotizada sean enajenadas de forma simultánea, cosa que no se puede conseguir de otra forma que no sea adquiriendo 100% de las acciones.

La redacción exacta del artículo es la siguiente:

“No será obligatoria la formulación de una oferta pública de adquisición en los supuestos siguientes: [...]

C) Cuando todos los titulares de valores de la sociedad afectada acuerden por unanimidad la venta o permuta de todas o parte de las acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, derechos de voto en la sociedad o renuncien a la venta o permuta de sus valores en régimen de oferta pública de adquisición.”

Esta disposición otorga a los accionistas de Biza una especie de derecho de “veto”²⁰ de la OPA obligatoria, con una *conditio iuris*, consistente en que “*dichos titulares acuerden simultáneamente la exclusión de negociación de los valores de los mercados secundarios oficiales en que estuvieran admitidos.*”

Es posible que esto último no sea de interés para la Sociedad. Al volverse una sociedad cerrada, Biza pierde una serie de ventajas de financiación y crecimiento con las que solo cuentan las sociedades cotizadas. Adicionalmente, de la información proporcionada por el Cliente no parece que La sociedad tenga intención de fusionarse con Biza ni llevar a cabo ninguna operación que requiera la exclusión de negociación en el mercado de las acciones de Biza.

Por otro lado, consideramos de se trata de una operación de muy difícil aplicación en la práctica y que se trata más bien de un supuesto “de manual”. No obstante, de optar por esta estrategia, recomendaríamos que la sociedad incorpore al acuerdo con los titulares de valores y accionistas transmitentes la obligación de acordar la exclusión por unanimidad²¹ para garantizar liberarse de la obligación de lanzar la OPA.

Habiendo analizado los supuestos en los que podría ser necesario lanzar una OPA obligatoria, es pertinente dar unas pinceladas de los requisitos legales que debe cumplir la Sociedad en el caso de verse obligada a lanzar una OPA de estas características:

²⁰ Así lo describe De Cárdenas Smith, C. Supuestos Excluidos De La Obligación De Formular Opa Por Adquisición De Control

²¹ En este sentido Zurita Sáenz De Navarrete, J., en García de Enterría y Zurita (dir.), La regulación, p. 218.

| Requisito | Contenido | Artículo (RD OPA) |
|------------------|---|-------------------|
| Anuncio | El anuncio de la OPA se debe realizar “tan pronto como se decida formular una oferta o tan pronto como se den los supuestos de hecho que exigen la formulación de una oferta obligatoria.” ²² | preámbulo |
| Presentación | Cuando se trata de una OPA obligatoria, el adquirente debe presentarla a la CNMV en un plazo de un plazo máximo de un mes desde la toma de control, solicitando autorización para efectuarla. | 3.4 |
| Precio | Como ya expusimos ad supra, si se trata de una OPA obligatoria el precio ofertado a todos los titulares de valores debe ser equitativo y en todo caso deberá ser igual o superior “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.” Si ninguno de estos sujetos ha adquirido acciones de la sociedad opada en los últimos 3 meses, el precio no podrá ser inferior a lo estipulado en el art. 10 RD OPA ²³ . | 9 |
| Contraprestación | La OPA se puede formular como compraventa, permuta o canje de valores o como ambas cosas a la vez, siempre y cuando se pueda asegurar la igualdad de trato de los titulares de los valores. | 14.1 |
| Garantías | En caso de que la oferta se realice en todo o parte en efectivo, el adquirente debe constituir aval depósito de efectivo por el valor de la totalidad de la contraprestación que vaya a ofrecer. Si la contraprestación se realiza en valores emitidos, se deberá justificar su disponibilidad y cuando se trate de valores por emitir, los administradores del emisor deberán actuar de modo no contradictorio con la decisión de formular la oferta. | 15.1, 15.3, 15.4 |
| Folleto | La Sociedad deberá preparar un folleto explicativo de la oferta, que deberá contener la información necesaria para que las personas a quienes vaya dirigida la oferta puedan formular un juicio fundado sobre ella, así como el contenido dispuesto en el art. 18 RD OPA. | 17.1 |

²² El art. 16 establece que el anuncio debe realizarse “en los términos establecidos en el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”, hoy derogada.

²³ “a) Valor teórico contable de la sociedad y en su caso, del grupo consolidado, [...]; b) Valor liquidativo de la sociedad [...]; c) Cotización media ponderada de los valores durante el semestre inmediatamente anterior al anuncio de la propuesta de exclusión mediante la publicación de un hecho relevante, cualquiera que sea el número de sesiones en que se hubieran negociado; d) Valor de la contraprestación ofrecida con anterioridad, en el supuesto de que se hubiese formulado alguna oferta pública de adquisición en el año precedente a la fecha del acuerdo de solicitud de exclusión; y e) Otros métodos de valoración [...].”

| | | |
|---------------------|---|----|
| Autorización | La CNMV contará con un plazo de 20 días para autorizar o denegar la OPA. En caso de denegarla, el acuerdo deberá ir motivado y fundamentado. | 21 |
| Publicación | La oferta debe publicarse y difundirse en el plazo máximo de cinco días hábiles. | 22 |
| Plazo de aceptación | El plazo para la aceptación de la oferta se fijará por la Sociedad, no pudiendo ser inferior a 15 días naturales ni superior a 60, contados a partir del día hábil bursátil siguiente a la fecha de la difusión de la oferta. | 23 |

2.2 Aspectos a tener en cuenta con respecto de la normativa sobre competencia

Puesto que tanto Biza como la Sociedad son empresas muy importantes del sector de la música latina, una operación que consista en la toma de control de una sobre otra puede ser problemático desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia.

En concreto, la operación que la Sociedad pretende llevar a cabo podría dar lugar a una posible concentración económica del art. 7.1.b) LDC, según el cual se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

Para que la adquisición se considere efectivamente un supuesto de concentración económica, se debe dar alguno de los supuestos establecidos el art. 8 LDC, que son:

“a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.”

Por lo tanto, los elementos claves a tener en cuenta para determinar si le sería de aplicación el procedimiento de control de concentraciones a la operación propuesta por la Sociedad son: (i) si la operación de adquisición de acciones de Biza llevada a cabo por la Sociedad se considera un cambio de control a los efectos del art. 7.1.b); y (ii) en caso de considerarse que ha tenido lugar un cambio de control, si el conjunto de la cuota de mercado o el volumen de negocio de ambas sociedades supera los umbrales establecidos en el art. 8.1.a) y b).

En caso de encontrarnos efectivamente ante un supuesto de concentración económica, es necesario llevar a cabo una serie de pasos previos a la ejecución de la operación de adquisición de acciones:

- Notificación a la CNMV

La notificación a la CNMC de la existencia de una concentración económica es obligatoria de conformidad con el art. 9.1 LDC. El apartado 4.b) del mismo artículo estipula que deberá ser la empresa que adquiera con carácter exclusivo el control sobre otra la que deba realizar la notificación a la CNMC.

Si bien el apartado 2 del art. 9 LDC prohíbe ejecución de la concentración hasta que haya recaído resolución y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración, el apartado 3 prevé una excepción a dicha prohibición en el caso de que la concentración sea el resultado de una OPA, que sería precisamente el caso de Biza. De este modo, la Sociedad podría proceder con la OPA, siempre y cuando (i) notifique a la CNMC en el plazo de cinco días desde el día en que presente la solicitud de la autorización de la oferta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y (ii) no ejerza los derechos de voto que le confieren las acciones o sólo los ejerza para salvaguardar el valor de su inversión sobre la base de una (en este caso sería necesario que la Comisión Nacional de la Competencia conceda una dispensa).

Es entonces cuando, según el art. 55.1 LDC, comienza el procedimiento de investigación y autorización o denegación de la concentración por parte de la CNMC, que se desarrolla en dos fases:

- Art. 57 - Primera fase: en esta fase, la Dirección de Investigación deberá preparar un expediente y elaborar un informe de acuerdo con los criterios de valoración del artículo 10, junto con una propuesta de resolución.

Habiendo estudiado el informe y la propuesta de resolución, el Consejo de la CNMC dictará, una resolución en la que decida:

- a) Autorizar la concentración;
- b) Subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes;
- c) Acordar iniciar la segunda fase del procedimiento, cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional;
- d) Acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea, para que sea ésta la que dicte una resolución en aplicación de la normativa europea de derecho de la competencia; o

e) Acordar el archivo de las actuaciones (en los supuestos previstos en la LDC).

- Art. 58 - Segunda fase: En esta fase, la Dirección de Investigación de encarga de elaborar una “nota sucinta” sobre la concentración que deberá ser publicada se pondrá en conocimiento a todo aquel que pueda resultar afectado por la concentración y del Consejo de Consumidores y Usuarios para que puedan presentar sus alegaciones en el plazo de 10 días.

Una vez más, tras la propuesta de resolución definitiva de la Dirección de Investigación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adoptará la decisión final mediante una resolución en la que podrá:

- a) Autorizar la concentración.
- b) Subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones.
- c) Prohibir la concentración.
- d) Acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.

DEFINICIONES

| Abreviación/Siglas | Definición |
|--------------------|---|
| “AEAT” | Agencia Española de Aranceles y Tributos |
| “Biza” | BZRP Hits, S.A. |
| “CNMC” | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia |
| “CNMV” | Comisión Nacional del Mercados de valores |
| “CP” | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. |
| “DGSJFP” | Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública |
| “El Consejo” | El Consejo de Administradores |
| “El Grupo” | LATINO GANG, INC. |
| “ET” | Real Decreto Legislativo 2/2015, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores |
| “IS” | Impuesto de Sociedades |
| “LDC” | Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia |
| “La Junta” | La Junta General de Socios |

| | |
|--------------------------|--|
| “La Marca” | La marca “MOTOPAPI”, propiedad de Producciones Gasolina, S.L. |
| “La Sociedad” | Producciones Gasolina, S.L. |
| “Ley de Marcas” | Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas |
| “Ley de OPAs” o “RD OPA” | Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores |
| “LSC” | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. |
| “LGT” | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria |
| “LIS” | Ley 27/2014 de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades |
| “OEMP” | Oficina Española de Marcas y Patentes |
| “OPA” | Oferta Pública de Adquisición |
| “PGC” | Plan General Contable |
| “RRM” | Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil |
| “R&W” | <i>Representations and Warranties</i> |
| “S.A.” | Sociedad Anónima |
| “S.L.” | Sociedad Limitada |
| “Summer Sound” | |
| “Summer BCN” | Summer Sound Barcelona, S.L.U. |

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Ley 27/2014 de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

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

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas

Real Decreto 1382/1985, el Contrato de Alta Dirección

Real Decreto Legislativo 2/2015, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas

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

Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil

Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

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

Real Decreto 1382/1985, el Contrato de Alta Dirección

Directiva 2004/25 CE relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición

Convenio de París para la protección de la propiedad industrial

Monografías, manuales, guías jurídicas y artículos

Alfaro, J. (2023). El derecho de información del socio.

Alfaro, J. (2017) El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros.

Bhattacharya, C. B., & Sen, S. (2004). Doing better at doing good: When, why, and how consumers respond to corporate social initiatives. *California management review*, 47(1), 9-24.

De Cárdenas Smith, C. Supuestos Excluidos De La Obligación De Formular Opa Por Adquisición De Control

Egea Pérez-Carasa, I. Tributación de los influencers: normas tradicionales para nuevos y rentables modelos de negocio de las nuevas generaciones.

García De Enterría, J. La OPA obligatoria. Madrid: Ed Civitas, 1996, pp. 167.

Kaimann, D., Cox, J., & Wendelin, M. (2018). Quantity and quality of artists' career: The curvilinear relationship between critical success and sales success. *Applied Economics Letters*, 25(16), 1140-1143.

Marín de la Bárcena, F. (2022). Amortización anticipada de préstamos participativos

Negus, K. (1999). *Music Genres and Corporate Cultures*. London: Routledge.

Paz-Ares, C. El Enforcement De Los Pactos Parasociales, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, edición N.O 5/2003, págs. 19-43.

Zurita Sáenz De Navarrete, J., en García de Enterría y Zurita (dir.), *La regulación*, p. 218.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/2003 de 16 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 48/2007, de 12 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011

Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de marzo de 2014

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 131/2016 de 3 marzo

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 505/2012 de 23 julio de 2012

Sentencia de la Audiencia Nacional del 5 de octubre de 2022

Sentencia de la Audiencia Nacional del 29 de marzo de 2022

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 2004/244 de 19 de enero

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de diciembre de 2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 90/2023, del 3 de febrero de

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 6/2023 de 10 de enero

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 1413/2019 de 17 julio

Sentencia de la Audiencia Provincial Las Palmas núm. 1046/2021 de 4 octubre

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona núm. 135/2020 de 16 de noviembre

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes de las Comunidades Europeas) de 14 de septiembre de 1999

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 28 de mayo de 2020

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5 de mayo de 2022

Resoluciones de Direcciones Generales

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de junio de 2023

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de mayo de 2011

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de septiembre de 2008

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