



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Caso Práctico – Trabajo Fin de Máster

Especialidad Derecho de la Empresa

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Curso 2022 / 2023

Alumna: Ana Pamies Massó

Tutor: Maximiliano Thierfelder Grifoll

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. PARTE 1 - INFORME DUE DILIGENCE	5
2.1. Contingencias Fiscales.....	6
2.1.1. Prescripción	6
2.1.2. Regularización voluntaria extemporánea	7
2.1.3. Regularización en vía de apremio	9
2.1.4. Modo de proceder respecto de la contingencia fiscal.....	11
2.2. Contingencias en materia de Marcas	12
2.2.1. Mecanismos contractuales de protección del Grupo.	16
2.3. Contingencias en materia Laboral	17
2.3.1. Mecanismos contractuales de protección del Grupo frente a la contingencia Laboral. 24	
3. PARTE 2 - ADQUISICIÓN	26
3.1. Reparto de dividendos	26
3.2. Propuesta de nombramiento de un nuevo miembro del Consejo de Administración.	29
3.3. Denegación de información a D. Omar por parte del Consejo de Administración	32
4. PARTE 3	34
4.1. Alternativas para que la Sociedad obtenga el control Summer Sound Barcelona, S.L.U. y liquidación de Summer Sound, S.L.U.	34
4.1.1. Fusión por absorción impropia.....	34
4.1.2. Escisión total de Summer Sound S.L.U	36
4.1.3. Compra de las participaciones de SSB por parte de la Sociedad.	37
4.1.4. Disolución y Liquidación de SS.	38

4.2. La Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de BZRP.....	40
4.2.1. Posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza.....	42

1. INTRODUCCIÓN

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

Parte 1: el Grupo está planeando la adquisición de una participación del 51% en el capital social de la española PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (en adelante, “**la Sociedad**”) como puerta de entrada a este país, para lo cual contratan los servicios de Pamies Massó Abogados S.L., uno de los mejores de Madrid en este tipo de operaciones.

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

1. La Sociedad no declaró a la AEAT en su debido momento más de un millón de euros en ingresos derivados de conciertos virtuales a través de la plataforma TikTok, obtenidos a lo largo del 2020 durante los meses de pandemia. Al Grupo le preocupa la posibilidad de que la AEAT inicie una investigación en relación con este asunto. Valore la idoneidad de una regularización vs. ignorar el asunto, así como todos los posibles costes relacionados con ambas opciones.
2. La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), la cual se concedió el 20 de octubre del 2022, y se publicó el 10 de diciembre de ese mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Sin embargo, la cantante Dña. Rosario García-Despechá ha interpuesto una acción ante los tribunales correspondientes alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes motivos: (i) su derecho es anterior en el tiempo al registro de la

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

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

Parte 2: El asesoramiento proporcionado por su despacho permiten la adquisición con éxito del 51% de las participaciones de la Sociedad por parte del Grupo. La Sociedad contacta con su despacho para que le asesore en torno a ciertas cuestiones complejas que se deberán acordar en las próximas reuniones de la junta general de accionistas y del consejo de administración de la Sociedad:

1. En la próxima junta general de socios de la Sociedad, se quiere aprobar la distribución como dividendo del mayor porcentaje posible de los beneficios obtenidos en el ejercicio societario finalizado el 31 de diciembre de 2022, pero siempre condicionado a la estabilidad financiera de la Sociedad, desde un punto de vista legal. Teniendo en cuenta la siguiente estructura financiera, proponga los

pasos a seguir para repartir la mayor cantidad posible de dividendos cumpliendo los requisitos legales. Se asume que la Sociedad cuenta con caja suficiente para el pago de los dividendos:

PASIVO Y PATRIMONIO NETO	(Millones €)
Capital Social	50
Reserva legal y estatutaria	30
Reserva voluntaria	10
Reservas de revalorización	5
Otras aportaciones de socios (cuenta 118PGC)	20
Pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores	-130
Beneficio del último ejercicio	5
Préstamos participativos con sociedades del Grupo	70
TOTAL PASIVO + PATRIMONIO NETO	60

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

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

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

1. Se ha identificado a una de las filiales de la Sociedad, Summer Sound, S.L.U., cuyo objeto social es la organización de festivales, como uno de los focos principales de pérdidas, puesto que los resultados de esta línea de negocio no dan el fruto esperado desde hace varios años. Sin embargo, una de las subfiliales controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U., la sociedad Summer Sound Barcelona, S.L.U. sí que presenta resultados positivos y unas altas cifras de ventas. La Sociedad nos pregunta para que le prestemos asesoramiento sobre (i) las distintas alternativas para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad y (ii) pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.
2. Como paso clave en el proceso de expansión, la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (Biza), sociedad que cotiza desde hace años en el Ibex-35. Todo ello siguiendo las recomendaciones de D. Raúl (actual consejero delegado de la Sociedad), el cual tiene un 6% del capital social Biza directamente como inversión personal. Siendo Biza una cotizada, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de cualquier norma imperativa en relación con la adquisición. Para ello le plantean diferentes escenarios, pero querrían conocer su opinión al respecto: (i) adquirir un 29,99% de las acciones de Biza; (ii) adquirir simplemente un 12% de Biza pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza; (iii) adquirir el 100% de las acciones de Biza para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza. Además, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza, solicitando igualmente su asesoramiento en este sentido.

2. PARTE 1 - INFORME DUE DILIGENCE

El presente informe, salvo error u omisión, constituye la opinión legal de Pamies Massó Abogados sobre los documentos facilitados por el Cliente y sobre las cuestiones que han sido planteadas. El contenido de este informe es confidencial y está exclusivamente dirigido a las personas en cuyo interés se ha preparado la misma. Por ello, su difusión a terceros requerirá autorización expresa y previa de Pamies Massó Abogados.

Para: Latino Gang INC.

De: Pamies Massó Abogados

Asunto: Informe sobre las contingencias detectadas en la *Due Diligence* realizada sobre Producciones Gasolina, S.L. y soluciones para Latino Gang INC.

Fecha: 21 de diciembre de 2023

RESUMEN EJECUTIVO

El 21 de diciembre de 2023 este despacho realizó una *Due Diligence* sobre la mercantil Producciones Gasolina S.L., con el fin de alertar al Grupo sobre las principales contingencias detectadas para la potencial adquisición de un 51% del capital social de la Sociedad (en adelante, la “**Operación**”).

En este contexto, se ha redactado el presente informe para abordar las contingencias detectadas en la Sociedad y ofrecer medidas para evitar que el Grupo se vea afectado por ellas. Con este fin, se propondrán medios para prevenir su materialización y formas de mitigar los daños en caso de que lleguen a materializarse.

Concretamente se ha identificado una irregularidad tributaria de más de un millón de euros sin declarar, más posibles sanciones, intereses y recargos. En segundo lugar, se han

detectado las posibles contingencias derivadas de un proceso judicial abierto sobre la marca “MOTOPAPI” y en último lugar, se ha detectado una contingencia en materia laboral, por el inminente despido de D. Patricio Quevedo, alto directivo de la Sociedad.

2.1. Contingencias Fiscales

Se ha detectado una contingencia tributaria por no haber declarado más de un millón de euros, la cual todavía no se ha materializado, pues desconocemos si la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, “AEAT”) ha iniciado un proceso de investigación o sancionador, con toda probabilidad la contingencia tributaria detectada será mayor.

A esto debemos añadir que, tal y como se ha planteado la cuestión y la información compartida por la Sociedad, entendemos que ha existido cierto grado de ocultación de la irregularidad tributaria. En este sentido, debemos atender a lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley General Tributaria (en adelante, “LGT”): *“las infracciones serán graves si hay ocultación cuando la base supere los 3.000 euros y muy graves si se hubiesen utilizado medios fraudulentos”*. Atento a ello, aunque no hubiese medios fraudulentos, la sanción se calificaría como grave solo atendiendo al importe.

Dicho esto, para proteger los intereses del Grupo como comprador, presentamos los escenarios posibles ante la contingencia analizada:

2.1.1. Prescripción

Existen dos plazos de prescripción de cuatro años¹, que deben tenerse en consideración: (i) la prescripción de la propia obligación tributaria; y (ii) la prescripción de la potestad de la AEAT para sancionar.

La prescripción de la obligación tributaria supondría la imposibilidad por parte de la AEAT de exigirle a la Sociedad el ingreso de la cantidad que resulte de la obligación

¹ Véase el artículo 66 LGT.

principal, el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y/o del periodo ejecutivo. Asimismo, la prescripción de la potestad sancionadora de la AEAT imposibilita que se inicie un procedimiento sancionador por la falta de regularización de una situación como la que estamos analizando, que prescribe en cuatro años desde que se cometió la infracción.

En el caso en cuestión se trata de unos ingresos de más de un millón de euros obtenidos durante los meses de pandemia de 2020 y que no se han llegado a declarar. En este sentido debe tenerse en cuenta el cómputo del plazo de prescripción, el cual comienza a partir del día siguiente a la finalización del plazo de presentación de la autoliquidación o declaración del impuesto. Esto significa que el período de prescripción se inicia una vez que vence el plazo en el que la empresa debió presentar la declaración del Impuesto de Sociedades (en adelante, “IS”). En caso de que el ejercicio fiscal de la empresa coincida con el año natural y cierre el 31 de diciembre, la declaración del IS generalmente debe presentarse en los 25 días naturales siguientes al último día del plazo para la formulación de las cuentas anuales. En la mayoría de los casos, esto suele ser el 25 de julio. Es decir, el plazo de cómputo de prescripción de la obligación tributaria de declarar el millón de euros comenzaría en julio de 2021 aproximadamente y finalizaría en julio de 2025. Conforme todo lo anterior, y teniendo en cuenta que queda un año y ocho meses aproximadamente para que prescriba la obligación tributaria, consideramos que el riesgo es muy alto puesto que las probabilidades de que la AEAT requiera a la Sociedad o inicie acciones, respecto de la deuda tributaria, que interrumpen el plazo de prescripción de cuatro años, son muy altas. Asimismo, el Ministerio Fiscal puede iniciar una investigación por la responsabilidad penal de la infracción, que podría extenderse durante 10 años².

2.1.2. Regularización voluntaria extemporánea

² Concretamente el Ministerio Fiscal cuenta con la potestad para iniciar una investigación por delito fiscal agravado, ya que el montante que se está defraudando es de más de 600.000 € de la cuota.

En caso de que no se haya producido un requerimiento previo por la AEAT³, conforme a lo dispuesto en el artículo 27.1 de la LGT, es posible realizar una declaración extemporánea presentando la autoliquidación o declaración pertinente fuera de plazo. De esta forma se evita tener que pagar los intereses de demora y las sanciones. Asimismo, se excluirá al inicio de un procedimiento sancionar y otras actuaciones de investigación de la responsabilidad penal, en virtud del artículo 305,4 Código Penal, siempre que no se hubiera interpuesto denuncia o querrela o no se hubiera comunicado formalmente la iniciación de diligencias con anterioridad.

En el momento de presentar la declaración extemporánea, la Sociedad tendría que ingresar la base imponible de la obligación tributaria de un millón de euros (el 25% de un millón, es decir, 250.000€) más un recargo que variará dependiendo de los meses de retraso en presentar la declaración en cuestión. En este sentido, se recogen los recargos por extemporaneidad en la siguiente tabla⁴

Plazo	Recargo por extemporaneidad.
Retraso de hasta 12 meses.	1% de la obligación, más 1% adicional por cada mes de retraso.
Recargo de más de 12 meses.	15% + intereses de demora desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo para la presentación y hasta el momento en que la autoliquidación se haya presentado.

En este caso, la Sociedad tendrá que pagar la deuda tributaria y los recargos correspondientes mencionados anteriormente, pero en ningún caso intereses de demora ni sanciones.

³ Este requerimiento se define por la LGT como cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda.

⁴ Véase el artículo 27.2 de la LGT.

Según la información facilitada a Pamies Massó Abogados S.L., la AEAT no ha emitido ningún requerimiento todavía, sin embargo, consideramos que lo más probable es que lo haga antes de finalizar el plazo de prescripción de la deuda tributaria. En caso de que dicho requerimiento tenga lugar, la cuantía a pagar será mayor en cuanto que habrá que pagar intereses de demora y sanciones, como se explicará a continuación.

Por todo ello, consideramos que, en salvaguarda de los intereses del Grupo, la Sociedad debe regularizar extemporáneamente la deuda tributaria para disminuir el riesgo y desembolsar una cuantía menor.

2.1.3. Regularización en vía de apremio

En caso de no proceder a la regularización extemporánea, lo más probable es que la AEAT requiera a la Sociedad notificando la deuda. En este caso, la Sociedad tendría que pagar la deuda tributaria en vía de apremio, esto es, al día siguiente del fin del periodo voluntario tras el vencimiento del plazo establecido para el ingreso de la deuda, y en caso de que haya tenido lugar la notificación de la providencia de apremio por parte de la AEAT, lo que implicaría el pago de los recargos previstos en el periodo ejecutivo que se recogen en la siguiente tabla⁵.

Momento de presentación	Recargos	Intereses de demora.
Regularización antes de la notificación de la providencia de apremio.	5%	Sin intereses de demora
Regularización una vez iniciado el procedimiento de apremio, pero el pago se produce en plazo voluntario	10%	Sin intereses de demora
Regularización una vez transcurrido el plazo de pago voluntario del procedimiento ordinario.	20%	Intereses de demora computados desde el fin del periodo voluntario.

⁵ Véase el artículo 28 de la LGT

Es importante tener en cuenta que además de los recargos descritos anteriormente, la AEAT podría exigir el pago de una sanción por haber dejado de ingresar la deuda tributaria resultante de haber realizado la autoliquidación del IS incorrectamente.⁶

Vistas las consecuencias de realizar el pago en vía de apremio, la Sociedad podría paralizar el inicio del periodo ejecutivo de la siguiente forma:

- i. Con la presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de pago,⁷
- ii. Prestando una solicitud de compensación en periodo voluntario de parte de la deuda concurrente con un crédito⁸, o
- iii. Interponiendo un recurso o reclamación contra la sanción o bien contra el acto de liquidación. En este último caso sería necesario solicitar expresamente la suspensión⁹

La regularización voluntaria en vía de apremio se trata de una posibilidad gravosa, la regularización voluntaria es más favorable a que se inicie el procedimiento ejecutivo que podría suponer un embargo de los bienes de la sociedad.

En esta línea, lo más relevante sería el riesgo de que la AEAT acordara la prohibición de disponer de los bienes inmuebles de la Sociedad, sin necesidad de que el procedimiento recaudatorio fuera contra ella, al ejercer esta el control directo en los términos del artículo 42 del Código de Comercio sobre el obligado tributario.¹⁰

Asimismo, de haberse iniciado un procedimiento sancionador, en el trámite de audiencia del mismo, la Sociedad debería mostrarse conforme con la propuesta de regularización, pues ello implicaría una reducción del 30% de la sanción impuesta.¹¹ No obstante, incluso de esta forma, la regularización en vía de apremio es la más gravosa para la Sociedad, y

⁶ Véase el artículo 191.3 de la LGT.

⁷ Véase el artículo 65.5 de la LGT.

⁸ Véase el artículo 72.2 de la LGT.

⁹ Véase el artículo 161.2, párrafo tercero, de la LGT.

¹⁰ Véase el artículo 170.6 de la LGT.

¹¹ Véase el artículo 188.1 b) de la LGT.

el riesgo de que tenga lugar el requerimiento de la AEAT, si la Sociedad no regulariza la deuda extemporáneamente son muy elevadas.

2.1.4. Modo de proceder respecto de la contingencia fiscal

En primer lugar, teniendo en cuenta la gravedad de la contingencia fiscal detectada, recomendamos la inclusión de una condición suspensiva que condicionara la efectividad de la Operación a la regularización de la situación fiscal, de tal forma que la Sociedad tuviera un periodo de aproximadamente 3 meses entre la firma del contrato y la materialización de la transmisión, para regularizar la deuda tributaria, es decir, durante desde el comienzo del periodo de 3 meses estaría suspendida la Operación hasta que se regularizara la deuda tributaria. En caso de lo regularizarse, la Operación quedaría sin efectos.

En segundo lugar, si la cláusula de condición suspensiva finalmente no se incluyera en el contrato el despacho considera que una alternativa a la condición suspensiva es incluir una *indemnity*, debido a que se trata de una contingencia ya identificada en el informe de *Due Diligence* y con un alto riesgo de materialización. Para reducir al máximo el riesgo del Grupo al comprar la Sociedad, consideramos que debe incluirse en el contrato de compra este tipo de cláusula. Las *indemnities* son promesas del vendedor de resarcir al comprador por cualquier pérdida o daño futuro derivado de ciertos riesgos, inherentes a la operación y que son conocidos por el comprador, en el supuesto de que tales riesgos se materialicen. Mediante la inclusión de una *indemnity* el Grupo se protege en caso de que la AEAT inicie un procedimiento sancionador o de inspección por la deuda tributaria correspondiente al millón de euros no declarados por la Sociedad, teniendo esta que hacer frente a dicho pago, incluso después de haber llevado a cabo la Operación. De tal forma que, si estos eventos se producen, mediante la *indemnity* se acuerda con los socios de la Sociedad que estos asumirán íntegramente las consecuencias económicas negativas asociadas a dicha contingencia, es decir, la Sociedad deberá hacerse cargo del importe total del daño (principal, multa y recargos) en caso de materializarse la contingencia. En caso de incluir la *indemnity* recomendamos que el límite temporal se fije en un plazo de 4 años desde la fecha de cierre de la operación, que es el plazo de prescripción de las deudas tributarias, en cuanto a la cuantía límite, propondría la equivalente a la deuda

tributaria del millón de euros no declarados, más interés, recargos y multas que pudieran llevar aparejadas.

Por otro lado, para evitar las consecuencias de cualquier otra contingencia que no se hubiera detectado expresamente en la *Due Diligence*, se aconseja al Grupo solicitar la inclusión de manifestaciones y garantías genéricas (*representations and warranties*). Este método contractual se refiere a un conjunto de declaraciones y promesas hechas por el vendedor en el contrato de compraventa sobre el estado de la empresa y sus activos antes de la Operación. En caso de producirse el incumplimiento de alguna de dichas declaraciones y garantías, el vendedor estará obligado a indemnizar al comprador por los daños que dicho incumplimiento le hubiera ocasionado a este último. Mediante estas declaraciones el comprador se garantiza de que el vendedor pague aquellos gastos correspondientes a riesgos o contingencias que se materialicen tras la Operación y que el comprador desconocía antes de esta. Las *representations and warranties* regulan riesgos potenciales no identificados a los que aplican un régimen general de responsabilidad, por ello es habitual que estas cláusulas estén sometidas a determinados límites. En este caso consideramos que el límite temporal debe de ser 3 años, periodo en el que la AEAT probablemente requiera el pago de deudas tributarias que se hayan dejado de pagar en el último año, y respecto de la cuantía, fijaría una cifra límite de 500.000€ máximo.

2.2. Contingencias en materia de Marcas

La sociedad se encuentra en un litigio activo que tiene su origen en una acción interpuesta por Dña. Rosario García – Despechá ante los tribunales por haber vulnerado su derecho de marca “MOTOPAPI”. La marca fue registrada por la Sociedad en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), se concedió el 20 de octubre del 2022 y se publicó el 10 de diciembre de ese mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Dña.

Se han analizado las posibles contingencias que pueden derivarse de dicho procedimiento. Asimismo, se ha valorado la viabilidad de las reclamaciones de Dña. Rosario y si la Sociedad tuviera cauces sólidos de defensa.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que a la Sociedad se le concedió la marca el 20 de octubre de 2022 y se publicó el 10 de diciembre del mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Es decir, un año antes de la Operación objeto de este informe. A la vista de lo anterior, consideramos que la incidencia en la Operación de esta reclamación es baja, en cuanto a que el uso de la denominación y el nombre de “MOTOPAPI” no ha sido usado durante un periodo suficientemente largo todavía, por lo que, a simple vista, no supondrá perjuicios graves a la Sociedad, a pesar de, en su caso, una potencial condena por daños y perjuicios, o nulidad.

Por lo que respecta a la reclamación de Dña. Rosario, alega que “MOTOPAPI” vulnera el derecho de propiedad intelectual en base a los siguientes motivos:

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

La acción interpuesta por Dña. Rosario ante los tribunales se sostiene en el artículo 40 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante, “LM”), en virtud del cual el titular que vea lesionado su derecho de marca podrá ejercitar las correspondientes acciones civiles y penales, así como exigir las medidas necesarias para la salvaguardia de sus derechos. En especial, el titular cuyo derecho de marca sea lesionado podrá reclamar entre otras acciones (i) la **cesación de los actos** que violen su derecho; y (ii) la **indemnización** por los daños y perjuicios sufridos.

En primer lugar, respecto del derecho anterior y marca de renombre.¹² El derecho marcario español otorga protección a aquellas marcas que han sido registradas conforme a la ley y a aquellas que son consideradas notoriamente conocidas.

La LM establece en su artículo 2.1 que el *“derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley”*. De este precepto concluimos que la ley española prevé el derecho de propiedad sobre una marca cuando este presupuesto se ha cumplimentado. Por lo tanto, en términos generales, las marcas que no han sido registradas válidamente no son objeto de protección por la LM, no obstante, hay ciertas excepciones como es el caso de las marcas no registradas, pero notoriamente conocidas. Respecto de estas marcas y el derecho anterior al que se refiere Dña. Rosario, el artículo 6.2 de la LM define como marca anterior, entre otras, a aquellas *“Marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean “notoriamente conocidas” en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París”*¹³ Sin embargo, dicho Convenio no establece una definición de marca notoriamente conocida, simplemente establece la obligatoriedad de los países comunitarios a no registrar marcas que puedan confundirse con otras notoriamente conocidas.

Asimismo, Dña. Rosario, a pesar de haber formulado correctamente su acción ante los tribunales, no parece que haya sido diligente a la hora de recabar pruebas para sostener su pretensión, pues en la demanda no se aportan justificantes ni pruebas que demuestren o certifiquen que realmente se trata de una marca de renombre. Simplemente menciona que el 40% de los consumidores del mercado la conocen, sin aportar la fuente o encuesta pertinente que acredite dicho dato y también aporta justificantes de la inversión efectuada destinada a publicidad de la marca. Por todo ello, aunque “MOTOPAPI” no se encontrara

¹² Se recalca que tras los cambios introducidos por el Real Decreto 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados (en adelante, **“Real Decreto 23/2018”**) se suprime la diferencia entre marca notoria (conocida dentro de un sector específico) y marca renombrada (conocida más allá de su sector). Ambos conceptos se unifican dentro de la denominación “marca renombrada”, entendiéndose, conforme a la jurisprudencia más extendida, como marca conocida por una parte significativa del público interesado en los productos o servicios. De esta manera, por el uso extendido de ambas denominaciones, **a lo largo del informe se usará indistintamente el término marca notoria y marca renombrada.**

¹³ Véase el artículo 6.2, d de la LM

registrada por Dña. Rosario antes de haber registrado la Sociedad, y en caso de ser notoriamente conocida, estaría protegida por la ley.

Consideramos que existen posibilidades de que el litigio prospere a favor de la Sociedad, puesto que, si no se acredita dicha notoriedad, no se le conferirá la protección que prevé el artículo 6.2 de la LM. No obstante, dependerá del estudio que realice el juez correspondiente sobre el nivel de protección que debe brindarse a una y a otra y si realmente “MOTOPAPI” se trata de una marca de renombre o no.

En segundo lugar, sobre la similitud fonética y aspecto visual, el artículo 34 de la LM indica que, entre los derechos conferidos por la marca, se encuentra la exclusividad sobre la misma y el derecho de prohibición de cualquier signo que atente contra la marca preexistente y que pueda provocar confusión por parte del público, incluyendo el riesgo de asociación entre el signo y la marca. En este caso la diferencia radica en dos letras de diferencia, al respecto hay una sentencia muy reveladora del TJUE sobre el caso de “*Emidio Tucci*”¹⁴, en la que se discutía sobre la tipología de la fuente del logo de dos marcas “*Emidio Tucci*” y “*Emilio Pucci*”. La primera marca caracteriza productos textiles y la segunda productos de perfumería y cosméticos. Se declaró que la marca “*Emilio Pucci*” podía beneficiarse del renombre y prestigio que tenía la primera marca.

En tercer lugar, sobre la inversión de grandes sumas de dinero que ha realizado la contraparte en la marca. A pesar de no haber aportado pruebas que justifiquen dicha notoriedad que se menciona anteriormente, respecto de este punto Dña. Rosario sí ha sido diligente, puesto que ha aportado facturas por valor de 10 millones de euros que reflejan la inversión en publicidad. Estas facturas demuestran el esfuerzo realizado por Dña. Rosario en propiciar el prestigio y reputación de la marca.

En base a lo expuesto, recalamos lo siguiente: (i) el hecho de que la marca “MOTOPAPI” no se encuentre registrada no afecta a la protección otorgada a la que ha sido registrada y publicada por la Sociedad; y (ii) las pruebas aportadas por Dña. Rosario

¹⁴ Sentencia del TJUE del 27 de septiembre de 2012. Tribunal General, Sala Sexta, Asunto T-373/09. El Corte Inglés/OAMI — Pucci International (Emidio Tucci)

puede que no sean suficientes para demostrar la notoriedad de la marca; de manera que existe una posibilidad media/baja de que esta contingencia se materialice.

En cuanto a las consecuencias a las que se podría ver obligada la Sociedad, en caso de producirse una sentencia favorable a los intereses de la demandante, se recogen en el artículo 52 de la LM:

- En primer lugar, se produciría la cesación de los actos de violación de la marca “MOTOPAPI”, que implicaría la nulidad del registro de la marca a favor de los demandantes. Si bien, aunque estos hechos tuvieran lugar tras dictarse sentencia favorable para el demandante, resultarían un inconveniente, pero consideramos que no se trata de un perjuicio grave para el Grupo, puesto que se trata de una marca de nueva creación y nada impide el uso alternativo de otra marca.
- Por otro lado, a parte de la cesación del uso de los signos distintivos de la marca en cuestión. La Sociedad, podría verse obligada a hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios de acuerdo con el artículo 43 de la L M.

2.2.1. Mecanismos contractuales de protección del Grupo.

Si bien es cierto que podría solicitarse incluir en el contrato una cláusula que contemple una disminución del precio por el valor de la marca “MOTOPAPI”, consideramos que es una medida excesiva, dado el riesgo medio/bajo de la contingencia.

En este caso, se trata de una contingencia conocida pero que aún no se ha materializado ya que el litigio está activo. Por todo ello, recomendamos incluir una *indemnity* en el contrato de compraventa, de esta manera en caso de que prospere la demanda y la Sociedad no resultara favorable, esta se verá obligada a pagar una cantidad que cubra, en parte, la indemnización por daños y perjuicios que pueda establecer el Juzgado y además cubrir los costes del registro de una nueva marca. Por todo ello, la *indemnity* deberá incluir unos límites cuantitativos de aproximadamente 50.000€, cuantía que consideramos adecuada para cubrir la mayor parte de una posible indemnización que establezca el Juzgado, en caso de prosperar la demanda. En este sentido, sólo en el momento en el que

se materializase la contingencia por daños superiores a esa cantidad, la Sociedad responderá por todos esos daños.

2.3. Contingencias en materia Laboral

Según la documentación e información que se nos ha facilitado, la Sociedad quiere despedir a D. Patricio Quevedo, Director General en la Sociedad en las Islas Canarias, debido a la pérdida de cuota de mercado en esta región. D. Patricio Quevedo tiene un contrato laboral de alta dirección, al cual no hemos podido acceder. Dicho contrato dispone una cláusula de blindaje, en caso de despido, deberá ser indemnizado con 900.000 euros.

La relación laboral de un alto directivo es una relación laboral especial y en ese sentido no se rige propiamente por el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, **ET**), se rige por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, (en adelante, **RD 1382/85**). Según el artículo 1.2 del RD 1382/85, bajo la denominación de personal de alta dirección se engloba a *“aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.”* La jurisprudencia establece que para ser alto directivo además de estos criterios, los poderes pueden afectar a objetivos generales y trascendentales para la empresa, sin que se califiquen como tales, los objetivos que se refieran a una sola faceta o sector particular de la actividad, o a un solo área territorial donde la empresa preste sus servicios.¹⁵

D. Patricio Quevedo es el Director General de la Sociedad, este puesto implica ser la máxima autoridad dentro de una jerarquía de una empresa teniendo como superior al

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla. Sala de lo Social. Sección 1ª. N.º de sentencia 717/2022, Nº de resolución 1851/2020, de 10 de marzo de 2022.

órgano societario o al titular de la empresa¹⁶. Tiene facultades para tomar decisiones sobre la íntegra actividad de la empresa o sobre aspectos transcendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena. En este caso, es posible que al prestar sus servicios en las Islas Canarias, y que la motivación de su despido sea únicamente la pérdida de cuota del mercado en esta región, puede que no se trate de un alto directivo, sino de un directivo al cargo de la actividad exclusivamente en este área, sin que sus decisiones trasciendan al resto de la actividad de la Sociedad en el resto del territorio español donde se encuentra el grueso de su actividad y facturación.

No obstante, independientemente de la clasificación de la relación laboral como especial o común, en caso de despido del alto directivo, existe un riesgo muy alto, de que la empresa tenga que pagar los 900.000 € que establece la cláusula de blindaje en el contrato de alta dirección.

Antes de profundizar sobre el fundamento de esta afirmación, es necesario analizar la validez de la cláusula. A continuación, se desarrolla detalladamente el análisis sobre (i) la validez de la cláusula de blindaje y (ii) la obligación de la Sociedad de pagar la indemnización a D. Patricio Quevedo, en todo caso.

i. Validez de la cláusula

Estas cláusulas en los contratos de alta dirección tienen la finalidad de compensar a los altos directivos frente a la indemnización legal debido a que el RD 1382/85 prevé un régimen de indemnización mucho menos garantista para los altos directivos que el ET para los trabajadores con relación laboral ordinaria, permitiendo el cese por desistimiento unilateral del empresario con una indemnización de siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades.¹⁷

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social, Sección 1ª. N.º sentencia 246/2014, de 16 de enero

¹⁷ Véase el artículo 11.1 del RD1382/85.

La cláusula de blindaje para ser exigible debe ser válida. En primer lugar, analizamos si la indemnización de 900.000 € es abusiva o desproporcional, pues podría calificarse como abusivo aquel pacto indemnizatorio manifiestamente desproporcionado con la remuneración convenida por la prestación de servicios. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 30 de julio de 1999¹⁸ establece lo siguiente: “[...] la cláusula adicional resultaba entonces, a todas luces, absolutamente desproporcionada, sobre todo, en relación con la retribución, categoría profesional y responsabilidad de la trabajadora, y que carecía, por lo tanto, de un fin serio y legítimo”. En este mismo sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña¹⁹ valora el hecho de que, si la empresa tuviera que abonar el importe indemnizatorio convenido, la empresa se vería incurso en causa de disolución societaria, lo cual ofrece una idea de lo desproporcionado que puede ser los términos de la cláusula.

A la hora de analizar la cláusula en cuestión, con la documentación e información facilitada y sin conocer la remuneración anual de D. Patricio resulta complejo concluir si es abusiva o no. Normalmente dichas cláusulas oscilan entre uno o tres años de salario. Teniendo en cuenta que un Director General, conforme a sus responsabilidades suele tener un salario fijo anual de 300.000 euros, se trataría de una indemnización alta, aunque no desproporcional. Independientemente de ese análisis hecho a mano alzada, insistimos en la necesidad de que nos proporcionen más documentación al respecto para poder facilitar una valoración exacta.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de febrero de 2009²⁰, determinó la inviabilidad legal de pactar el carácter neto de la indemnización, se estableció que las cláusulas de blindaje serán válidas cuando el empresario afronte el pago de la indemnización en bruto y no en neto. En el caso en cuestión, desconocemos si se ha pactado la cuantía de 900.000 en neto o en bruto, no obstante, deberán tener en cuenta

¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga. Sala de lo Social, Sección 1, N° del recurso: 454/1999, N° de la Sentencia 1906/1999 del 30 de julio de 1999.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social, Sección 1ª, N° del recurso 4144/2008, N° de la Sentencia 7289/2008 de 3 de octubre de 2008

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección 1, N° del recurso: 900/2008, del 24 de febrero de 2009.

este criterio. En el mismo sentido respecto al tratamiento fiscal de la cláusula, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha modificado doctrina en la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2019²¹ estableciendo que la indemnización mínima legal (siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades)²², es aquella que se encuentra exenta de impuestos.

- ii. La obligación de la Sociedad de pagar la indemnización a D. Patricio Quevedo, en todo caso

En caso de tratarse de una relación laboral especial, el empresario podrá extinguir la relación laboral de alta dirección con D. Patricio de dos maneras:

1. Desistimiento unilateral del empresario. En este caso debe mediar un preaviso mínimo de tres meses, aunque este plazo puede mayor, si lo acuerdan las partes, siendo seis meses el máximo. En el supuesto de que se incumpla total o parcialmente el preaviso D. Patricio tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido²³. Asimismo, el empresario tendrá que poner a disposición del alto directivo la indemnización pactada en la cláusula de blindaje. Sin embargo, el desistimiento unilateral del empresario no es muy probable que suceda, puesto que la Sociedad pretende alegar su despido por causas económicas.
2. Despido. En este caso deberá realizarse por escrito comunicando la causa del despido al alto directivo.

La Sociedad tiene la intención de despedir a D. Patricio alegando causas económicas por la reducción de la cuota de mercado en las Islas canarias. El

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Sección 2, N° del recurso: 2727/2017, del 5 de noviembre de 2019.

²² Véase el artículo 11.1 del RD1382/85.

²³ Véase el artículo 11 del RD1382/85.

artículo 12 del RD 1382/85 hace una remisión expresa a las causas de extinción de contratos laborales de alta dirección que también contempla el ET, el cual en su artículo 51.1 menciona que se considerará que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica objetivamente negativa, en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Desconocemos si estas causas económicas se cumplen con exactitud o no, sin embargo, consideramos que lo más probable es que la Sociedad no pueda acreditarlas debido a que la reducción de la cuota de mercado en las Islas Canarias, que es una parte ínfima respecto del territorio peninsular, donde la Sociedad presta la mayor parte de sus servicios, no podrá influir tanto en la cuota de mercado global de la Sociedad.

Por todo lo anterior, aun alegando en la carta de despido estas causas, el riesgo de que el despido no prospere y se declare improcedente es muy alto, en cuyo caso las partes deben acordar si se produce la readmisión o el abono de la indemnización pactada en la cláusula de blindaje.

Asimismo, debemos mencionar que, en caso de la correcta justificación de las causas objetivas y que prospere el despido procedente, el alto directivo no tendrá derecho a percibir su indemnización ni tendrá derecho a la readmisión. Este escenario es el único que permitirá a la Sociedad no abonar la totalidad de la cláusula de blindaje a D. Patricio, en cuyo caso la Sociedad tendrá que indemnizar al alto directivo con la indemnización que prevé el 53.1.b ET (veinte días de salario por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades), puesto que el RD 1382/85 no prevé la indemnización legal en casos de despido por causas objetivas, así lo establece el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en varias sentencias²⁴.

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sección 2. Número de sentencia 305/1998 y número de recurso 5722/1997 del 14 de febrero.

“el artículo 11 del R.D. 1382/1985 únicamente se refiere al despido disciplinario y no al despido objetivo, sin perjuicio de lo cual, el artículo 12 permite la extinción del contrato de alta dirección por las mismas causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, entre las que sin duda está la extinción por causas objetivas, y esta indemnización, que no regula especialmente el meritado Real Decreto, ha de ser también para los altos directivos la fijada por el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores.”²⁵

En conclusión, en caso de considerarse un alto directivo e independientemente de que la Sociedad logre o no justificar las causas objetivas del despido en la carta, las probabilidades de que la Sociedad tenga que indemnizar a D. Patricio Quevedo por el despido con 900.000€ son muy elevadas.

Además, en caso de declararse que la naturaleza de la relación laboral es ordinaria, encubierta en un contrato de alta dirección, la Sociedad sí podría aplicar las indemnizaciones que establece el ET. No obstante, la jurisprudencia establece que la cláusula de blindaje seguiría siendo de aplicación, de tal manera que los 900.000 euros serán reclamables por D. Patricio Quevedo a la Sociedad en concepto de mejora indemnizatoria, puesto que dicha indemnización ha sido pactada por las partes.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, estableciendo que nada impide que estas cláusulas se pacten para trabajadores sometidos a la relación laboral común como mejoras de las indemnizaciones legales, siempre que se mejoren los límites legales.²⁶ En este sentido, en los supuestos de despido producidos por las causas previstas en el artículo 52.c) del ET, quedará exenta de tributación la parte de indemnización

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sección 6. Número de sentencia 699/2006 y número de recurso 3396/2006 del 20 de noviembre.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sección 2. Número de sentencia 305/1998 y número de recurso 5722/1997 del 14 de febrero.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección 1, N° del recurso: 348/2003, del 25 septiembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Oviedo), Sala de lo Social, Sección 1. N° recurso 1798/1997, N° Resolución: 554/1998, del 27 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección 1, N° del recurso: 788/1992, del 12 de marzo de 1993.

percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio el ET para el despido improcedente.²⁷

A continuación, se facilita un cuadro resumen de las diferentes posibilidades que podrían darse en función del tipo de relación laboral y el tipo de despido:

Tipo de despido	Relación laboral especial de Alta Dirección			Relación laboral ordinaria	
	Desistimiento	Improcedente	Procedente por	Improcedente	Procedente por
Indemnización	900.000€ (exentos siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades (Art 11 RD 1382/85))	900.000€ (exentos veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades (Art 11 RD 1382/85))	Indemnización de veinte días de salario por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades	900.000€ (exentos treinta y tres días de salario por año de servicio, , hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (Art 56.1 ET))	900.000€ (exentos veinte días de salario por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades (Art 53.1.b ET))

En definitiva, asumiendo que la cláusula de blindaje sea válida, el despido supone un riesgo muy alto para el Grupo, las probabilidades de que la Sociedad se vea obligada a indemnizar al alto directivo con los 900.000€ que establece la cláusula de blindaje, son muy elevadas.

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1. Nº recurso 278/2021, Nº Resolución: 588/2021, del 11 de junio.

2.3.1. Mecanismos contractuales de protección del Grupo frente a la contingencia Laboral.

Como ya hemos mencionado anteriormente, se prevé que en caso de despedir a D. Patricio, por mucho que la Sociedad aplique las indemnizaciones que establece el ET, en un procedimiento por despido, lo más probable es que la Sociedad se vea obligada pagar la indemnización pactada, cuya cuantía de 900.000€ es muy elevada.

Por todo ello recomendamos incluir en el contrato una *indemnity*, cláusula contractual explicada anteriormente. En este caso, la finalidad de este método contractual es proteger al Grupo de una contingencia que ya conoce y evitar que tenga que correr con el gasto que supone el pago de esta indemnización a D. Patricio, por ello, el contenido de la cláusula debe mencionar que en caso de despido de D. Patricio previo a la Operación, en caso de que este interponga una demanda de despido, los Socios de la Sociedad tendrán que correr con los gastos del procedimiento y la indemnización correspondiente de 900.000€ si se da el caso de que así se declare por un juzgado de lo social.

Además, consideramos oportuno solicitar la inclusión de manifestaciones y garantías genéricas (*representations and warranties*), método contractual explicado anteriormente. Mediante estas declaraciones el comprador se garantiza de que el vendedor pague aquellos gastos correspondientes a riesgos o contingencias que se materialicen tras la Operación y que el comprador desconocía antes de esta. En este caso las posibles contingencias que puedan surgir son derivadas de posibles irregularidades laborales que se desconocen antes de la Operación (e.g, futuras demandas por despido, sanciones impuestas por la Inspección de Trabajo por irregularidades laborales previas a la Operación, deudas con la Seguridad Social, etc.). Las *representations and warranties* regulan riesgos potenciales no identificados a los que aplican un régimen general de responsabilidad, por ello es habitual que estas cláusulas estén sometidas a determinados límites. En este caso consideramos que el límite temporal debe de ser 1 año, periodo en el que las acciones por despido prescriben, y la cuantía límite por el que tendrían que responder los Socios de la Sociedad debería fijarse aproximadamente en 100.000€.

TABLA DE CONTINGENCIAS

● Riesgo Elevado
 ● Riesgo Medio
 ● Riesgo Bajo

No.	Contingencia	Mecanismo contractual de protección recomendable	Riesgo
1.	Irregularidades tributarias. Más de un millón de euros no declarados.	<ul style="list-style-type: none"> - Incluir una condición suspensiva de la Operación. - En caso de no prosperar la condición suspensiva, incluir una <i>indemnity</i>. En caso de requerimiento por la AEAT, los socios de la Sociedad asumirán íntegramente las consecuencias económicas negativas asociadas a deuda de un millón de euros no declarados. Además, incluir <i>representations and warranties</i> más genéricas sobre cuestiones fiscales que no se hayan detectado. 	
2.	Irregularidades Marca	<ul style="list-style-type: none"> - Incluir en el contrato una <i>indemnity</i> en el contrato de compraventa, de esta manera en caso de que prospere la demanda y la Sociedad no resultara favorable, esta se verá obligada a pagar una cantidad que cubra, en parte, la indemnización por daños y perjuicios que pueda establecer el Juzgado y además cubrir los costes del registro de una nueva marca. 	
3.	Contingencia en materia laboral por el despido de un Alto Directivo	<ul style="list-style-type: none"> - Solicitar la inclusión de una <i>indemnity</i> en el contrato de compra. En caso de que D. Patricio interponga de demanda de despido, los socios tendrán que correr con los gastos del procedimiento y la indemnización correspondiente de 900.000€, si se da el caso de que así se declare por un juzgado de lo social. - Incluir <i>representations and warranties</i> más genéricas sobre cuestiones relacionadas con irregularidades laborales o posibles sanciones de la inspección de trabajo que no se hayan detectado antes de la Operación. 	

3. PARTE 2 - ADQUISICIÓN

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

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

3.1. Reparto de dividendos

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

PASIVO Y PATRIMONIO NETO	(Millones €)
Capital Social	50
Reserva legal y estatutaria	30
Reserva voluntaria	10
Reservas de revalorización	5
Otras aportaciones de socios (cuenta 118PGC)	20
Pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores	-130
Beneficio del último ejercicio	5
Préstamos participativos con sociedades del Grupo	70
TOTAL PASIVO + PATRIMONIO NETO	90-60

La distribución de dividendos está regulada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”), concretamente, en los artículos 273 y siguientes. Además, los estatutos específicos de la sociedad suelen regular el reparto de dividendos y restringirlos, sin embargo, no se nos han facilitado, por lo que nos acogeremos a lo que dispone la legislación española al respecto.

La LSC prevé ciertos requisitos para que pueda realizarse un reparto de dividendos:

En primer lugar, debe dotarse la reserva legal, a razón del 10% de los beneficios obtenidos, hasta que alcance el 20% del capital social, así se establece en su artículo 274 LSC. Por ello se debe verificar si la reserva legal está debidamente constituida, ya que, de lo contrario, parte de los beneficios deberán destinarse a alcanzar este porcentaje mínimo. Las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores pueden limitar la distribución de dividendos, ya que es imperativo cubrir estas deudas antes de realizar cualquier reparto. En el caso en cuestión, la reserva legal se constituye por 30 millones de euros, y el capital social por 50 millones, es decir, la reserva legal alcanza un 60% del capital social. Por lo que este primer requisito sí se cumple.

En segundo lugar, el valor del patrimonio neto, tanto antes, como después del reparto, no puede ser inferior al capital social y la Sociedad no puede encontrarse en situación de desequilibrio patrimonial²⁸, es decir, no puede darse la situación en la que las pérdidas acumuladas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social. Partiendo de la base de que el patrimonio neto es el capital social, más las reservas, más aportaciones de los socios y los resultados acumulados, en este caso, el patrimonio neto es de -10 millones de euros (50 (capital social) + 30 (reserva legal y estatutaria) + 10 (reserva voluntaria) + 5 (reservas de valorización) + 20 (otras aportaciones de socios) - 130 (pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores) + 5 (Beneficio del último ejercicio) = -10 millones de euros). Esto se traduce en que la empresa, no tiene suficientes recursos propios para cubrir sus deudas a largo plazo, por

²⁸ Véase el artículo 273 de la LCS

lo que menos todavía es conveniente repartir dividendos, ya que se deterioraría mucho su situación financiera. En virtud de todo lo anterior, las pérdidas acumuladas reducen el patrimonio neto, de tal forma que es inferior al capital social, lo que implica restricciones legales para poder llevar a cabo la distribución de dividendos.

Anteriormente, a la hora del cómputo del patrimonio neto, hemos excluido los préstamos participativos, pues consideramos que son recursos financieros que la empresa tiene a su disposición y que representan una obligación de devolución más que un componente del capital. Sin embargo, el artículo 20.1 d) del RD-Ley 7/1996²⁹ establece que “*a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades*” sí deben considerarse patrimonio neto. Además, hay una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 2019³⁰ que los ha considerado como parte del patrimonio neto en supuestos transformación de sociedad por reducción de capital; en este caso, consideramos que tendrían la consideración de patrimonio neto de la Sociedad.

En caso de considerar los préstamos participativos como patrimonio neto, a los -10 millones de euros, tendríamos que sumarle 70 millones de euros (préstamos participativos), en cuyo caso el patrimonio neto sería de 60 millones de euros y sí podrían repartirse beneficios.

En tercer lugar, con carácter previo al reparto, deberán compensarse las pérdidas de los ejercicios anteriores y dotarse el resto de las reservas especiales o estatutarias. En el caso en cuestión tampoco pueden compensarse las pérdidas puesto que éstas tienen un valor de -130 millones, mientras que solo hay unos beneficios de 5 millones.

En conclusión, consideramos que no debe ejecutarse un reparto de dividendos, puesto que la situación financiera de la Sociedad es crítica, y además no cumple con los requisitos que establece la ley para llevarlo a cabo, los cuales son acumulativos. Por lo tanto no sería prudente ni adecuado para la Sociedad, someter la Sociedad a dicho reparto de

²⁹ Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

³⁰ BOE núm. 170, de 17 de julio de 2019, páginas 77031 a 77036.

dividendos, puesto que los recursos financieros son limitados y las pérdidas son muy significativas, por lo que afectaría a la estabilidad financiera y habría un riesgo muy alto.

3.2. Propuesta de nombramiento de un nuevo miembro del Consejo de Administración.

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

En primer lugar, debemos mencionar que la legislación española no prevé en sus disposiciones el derecho al complemento de convocatoria para los socios de las sociedades limitadas. La normativa reserva este derecho solo para las sociedades anónimas en los artículos 172, 494 y 519 de la LSC.

La jurisprudencia dice tal que así: *“A diferencia de lo que acontece en las sociedades anónimas (...), el complemento de convocatoria no está contemplado para las sociedades de responsabilidad limitada. Por tanto, no determina la nulidad de la junta la no incorporación al orden del día de asuntos propuestos por uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En tal caso los socios habrán de promover la convocatoria judicial.”*³¹ De este pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, concluimos que la única posibilidad que tienen los socios de incluir un complemento de convocatoria en el orden del día en las sociedades limitadas

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15. Número de recurso 7/2013, número de sentencia 362/2013, de fecha 21 de octubre.

es mediante el correspondiente requerimiento notarial al órgano de administración, el cual si éste no atiende la solicitud, no queda otra vía que solicitar la convocatoria judicial.

En este caso concreto, parece que D.Omar ya ha ejercitado sus derechos políticos para complementar el orden del día incluyendo la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad, tal y como establece el enunciado, por ello suponemos que lo ha llevado a cabo mediante requerimiento notarial o judicial, de lo contrario, dicha inclusión se considerará nula.

Por otro lado, respecto del nombramiento de D. Lewis como miembro del Consejo de Administradores, D. Omar no puede exigir el cumplimiento de un miembro del Consejo de Administradores por el simple hecho de representar un 25% del capital social. Además, al ser una sociedad limitada aplica el artículo 191 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, (en adelante, RRM) que establece que los administradores serán nombrados por acuerdo de la Junta General con la mayoría legal o estatutariamente prevista, además, explícitamente menciona que *“no se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional”*, sistemas que a simple vista, serían la única manera de hacer esa exigencia posible. Sin embargo, quedan limitados estos sistemas de nombramiento a las sociedades anónimas.

El sistema de representación proporcional permite el acceso de los socios minoritarios al Consejo de Administración. Mediante este mecanismo en caso de que los socios minoritarios se agrupen hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de miembros del Consejo, tendrán derecho a designar a tantos consejeros como los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. Es decir, sería un sistema mediante el cual D.Omar podría exigir el nombramiento de D.Lewis, pero como hemos mencionado anteriormente, al tratarse de una sociedad limitada, la ley prohíbe la utilización de este sistema. Sin embargo, es importante mencionar, que hay una Sentencia del Tribunal

Supremo de 6 de marzo de 2009³² mediante la cual se pronunció en contra de la validez del artículo 191 del RRM reconociendo la legalidad de una previsión estatutaria que estableciera un sistema de representación proporcional en una sociedad limitada. Por todo ello, es fundamental analizar los estatutos de la sociedad, puesto que la única posibilidad de que D. Omar pueda exigir el mencionado nombramiento es en caso de que estos incluyan la posibilidad de un sistema de representación proporcional.

En tercer lugar, D. Omar tiene la intención de impugnar el acuerdo de la Junta de Socios, y posteriormente, interponer acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración por infracción del deber de lealtad.

La LSC en su artículo 204 establece cuales son los acuerdos impugnables, disponiendo en el apartado primero que serán impugnables, entre otros muchos, aquellos que *“lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”*, considerándose lesión al interés social cuando *“aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”*

A simple vista, parece que D. Omar no tiene razones de peso suficientes para argumentar porque no nombrar a D. Lewis como administrador lesiona verdaderamente a la sociedad ya que su impugnación se debe al simple hecho de no lograr su propuesta, adoptando él mismo una postura abusiva frente a la mayoría. Impugnar el acuerdo cuyo éxito requiere evidencias sólidas y fundamentos claros para demostrar que el acuerdo adoptado perjudica los intereses de la sociedad o de los socios, a simple vista, con la información facilitada, parece poco probable. No obstante, a pesar de no haber causa justificada suficiente, puede impugnar el acuerdo, ya que esta legitimado para ello, según el artículo 206 de la LSC, el cual dispone que están legitimados *“los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes*

³² Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección 1ª. Nº de sentencia 138/2009, Nº de recurso 700/2004 de 6 de marzo de 2009.

de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.”

Por otro lado, D. Omar al iniciar un proceso legal contra el Consejo de Administración pretende responsabilizar a este por causar daños a la Sociedad y por haber incurrido en la infracción del deber de lealtad. Este deber de lealtad tiene su razón de ser en que el cargo de administrador debe desempeñarse fielmente, acorde con los intereses de la sociedad y obrando de buena fe, por todo ello, en caso de que D. Omar interponga acciones deberá asegurarse de poder probar y fundamentar que el Consejo no actuó conforme esos deberes y que al no acordar el nombramiento de D. Lewis, resultó un perjuicio para la Sociedad.

A la hora de iniciar el procedimiento D. Omar tendrá que seguir los trámites del juicio ordinario según las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)³³. Si la demanda es admitida a trámite y tiene lugar el proceso judicial, finalmente la sentencia puede resultar en favor de D. Omar o en contra. En el primero de los casos, el juez declarara que realmente ha tenido lugar esa conducta desleal y la Sociedad, y D. Omar en su condición de socios deberán ser indemnizados tal y como dispone el artículo 227 de la LSC, además declarará la nulidad del acuerdo, el cual deberá inscribirse en el Registro Mercantil (en adelante, RM)³⁴. En el segundo de los casos, la sentencia será en favor del Consejo de Administración, en cuyo caso el acuerdo permanecerá válido, lo cual a simple vista parece lo más probable, debido a que D. Omar no ostenta razones de peso para que tal proceso tenga posibilidades de resultar exitoso.

3.3. Denegación de información a D. Omar por parte del Consejo de Administración

Según la legislación española los socios tienen el derecho de acceder a la información relevante para ejercer sus derechos como tales, pero también contempla limitaciones para evitar el uso abusivo de las solicitudes de información. El artículo 93 LSC, entre los derechos del socio, menciona el derecho de información y el artículo 196 de la LSC regula

³³ Véase el artículo 207 de la LSC.

³⁴ Véase el artículo 208 de la LSC.

el derecho de información en las sociedades limitadas. En el apartado 2, establece que “*el órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social*”. En primera instancia, el Consejo de Administración estaría obligado a proporcionar dicha información, sin embargo, también establece un límite o posibilidad de denegarla en caso de que perjudique el interés social. D. Omar parece que ya ha solicitado información en varias ocasiones anteriormente y ha hecho uso de ella para obstaculizar el trabajo del Consejo. Que haya antecedentes de solicitudes de información por su parte, y que la aceptación de dichas solicitudes haya provocado un perjuicio para la Sociedad, puede ser razón suficiente para fundamentar la negativa, incluso a la hora de ser esta impugnada por D. Omar.

No obstante, a pesar de que el apartado 2 incluya una limitación, esta puede que no sea aplicable debido a lo que establece el apartado tercero del mencionado artículo: “*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.*” D. Omar representa el 25% del capital social, por lo que, a simple vista, su solicitud no podrá ser denegada.

En cuanto a la forma y los plazos en los que debe facilitarse la información, D. Omar deberá solicitarla por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma.³⁵ El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada³⁶ considerando la disponibilidad y complejidad de la información requerida.

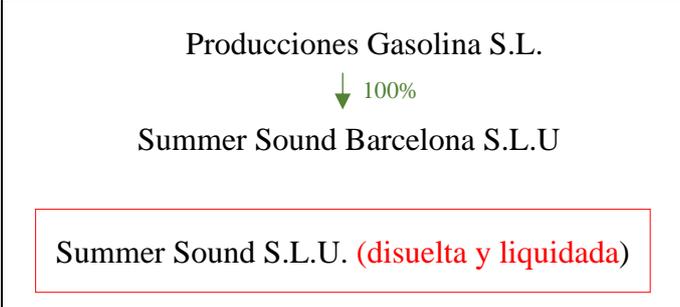
³⁵ Véase el artículo 196.1. de la LSC.

³⁶ Véase el artículo 196.2. de la LSC.

4. PARTE 3

4.1. Alternativas para que la Sociedad obtenga el control Summer Sound Barcelona, S.L.U. y liquidación de Summer Sound, S.L.U.

Tras la adquisición de la Sociedad por parte del Grupo, este ha solicitado los servicios de Pamies Massó Abogados S.L. para llevar a cabo una serie de actuaciones con la finalidad de que la Sociedad pase a tener el 100% del control de Summer Sound Barcelona, S.L.U. (en adelante, “SSB”), el cual actualmente lo ostenta Summer Sound, S.L.U. (en adelante, “SS”), una de las filiales de la Sociedad, la cual es un foco de pérdidas. Por lo tanto, la finalidad última, es la de separar a SS de la estructura del Grupo, manteniendo la filial SSB, que es la única sociedad que suscita un interés para el grupo.

Estructura actual	Estructura que se quiere conseguir
<p data-bbox="316 1025 676 1061">Producciones Gasolina S.L.</p> <p data-bbox="485 1077 580 1113">↓ 100%</p> <p data-bbox="347 1128 644 1164">Summer Sound S.L.U.</p> <p data-bbox="485 1180 580 1216">↓ 100%</p> <p data-bbox="284 1232 708 1267">Summer Sound Barcelona S.L.U</p> 	<p data-bbox="938 1003 1299 1039">Producciones Gasolina S.L.</p> <p data-bbox="1082 1055 1177 1090">↓ 100%</p> <p data-bbox="890 1106 1315 1142">Summer Sound Barcelona S.L.U</p> <div data-bbox="794 1189 1407 1272" style="border: 1px solid red; padding: 5px;"><p data-bbox="810 1211 1391 1247">Summer Sound S.L.U. (disuelta y liquidada)</p></div> 

4.1.1. Fusión por absorción impropia

En primer lugar, las sociedades se encuentran íntegramente participadas, por lo que planteamos la posibilidad de realizar una fusión por absorción impropia, mediante la cual la sociedad absorbente, la Sociedad, absorbe a una filial participada al 100% de forma indirecta, SSB, de esta forma que la sociedad absorbería una sociedad filial de SS, de la que titula el 100%. Sin embargo, SSB al ser absorbida, se extinguiría.

Este tipo de fusiones conlleva determinadas especialidades que prevé el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “RDME”). El artículo 53 del RDME versa sobre la posibilidad

de llevarse a cabo la operación de fusión por absorción de la sociedad íntegramente participada sin la necesidad de que concurren los siguientes requisitos:

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

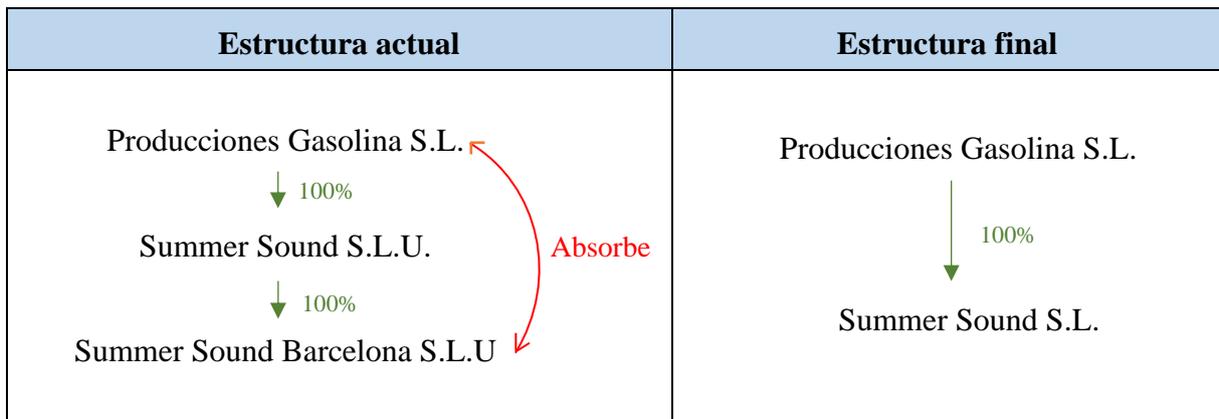
En primer lugar, en cuanto al informe de expertos, el mismo artículo, menciona que en el caso de la operación que nos ocupa sí que será necesario el informe de expertos. Sin embargo, el artículo 41.3 excluye la necesidad del informe de expertos sobre la fusión en caso de esta sea entre sociedades limitadas y que la Sociedad sea titular de todas las participaciones, es decir, el caso que nos atañe.

En segundo lugar, respecto del aumento de capital, es una de las particularidades del régimen simplificado, no es necesario realizar un aumento de capital social de la sociedad absorbente, debido a que supondría la emisión de participaciones vacías, puesto que no conllevaría un desembolso real en la sociedad, ya que se trata de activos que ya constaban en el balance de la sociedad absorbente. No obstante, en el caso de la fusión de sociedades en la que la sociedad absorbente absorbe a una filial participada al 100% de forma indirecta, el artículo 49.2 RDME establece que será exigible, “en su caso”, el aumento de capital de la sociedad absorbente por lo que la ley deja abierta a la interpretación los casos en los que será necesario el aumento y aquellos en los que es potestativo. En este caso, consideramos que el aumento de capital no resulta en un incremento patrimonial real, ya

que el valor de la SSB está contabilizado en el balance de la Sociedad, por lo que indirectamente dicho valor está incluido como mayor valor patrimonial de SS.

En tercer lugar, el artículo 53.2 de RDME establece que en caso de que la fusión cause una disminución del patrimonio neto de la sociedad intermedia, SS, por la participación que tienen en la sociedad absorbida, SSB, la sociedad absorbente, la Sociedad, deberá compensar a la SS por el valor razonable de esa participación. La finalidad de esta disposición es evitar que la fusión provoque un perjuicio a los acreedores de la sociedad intermedia, los cuales no tienen un derecho de oposición, al no participar en la fusión.

En conclusión, esta posibilidad no se ajusta realmente a las necesidades y a los requisitos que se solicitan, puesto que SSB se extinguiría tras ser absorbida por la Sociedad y dejaría de tener personalidad jurídica, por lo tanto, la Sociedad no tendría un control efectivo sobre la SSB como una sociedad independiente. Además, esta operación conlleva ciertas dificultades e poca claridad legal por lo que no sería la más aconsejable,

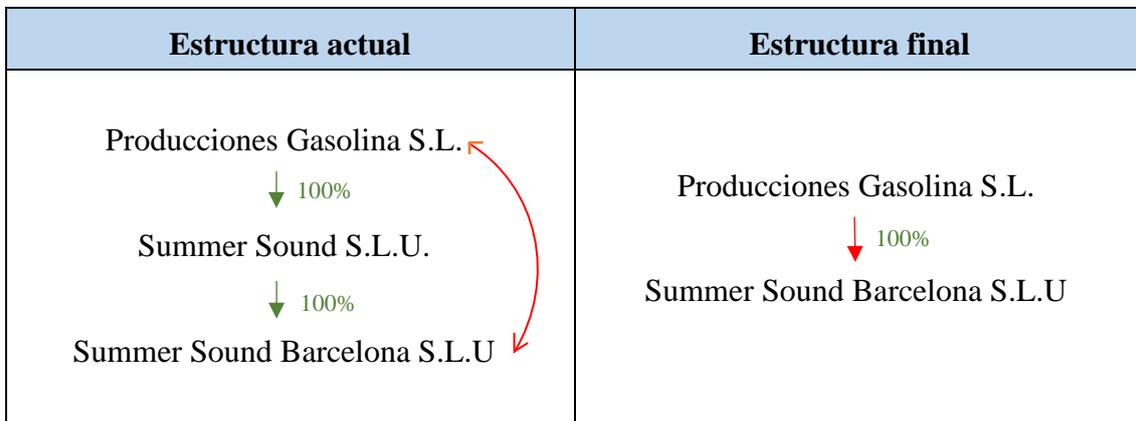


4.1.2. Escisión total de Summer Sound S.L.U

Este tipo de operación está regulada en el artículo 59 del RDME. La escisión total implica la extinción de la sociedad (SS), con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal o es absorbida por una sociedad ya existente (la Sociedad), recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Mediante este proceso se extinguiría

totalmente SS, dividiéndose su patrimonio en diferentes unidades económicas, las cuales se transmitirían en bloque por sucesión universal a la Sociedad Producciones Gasolina, S.L.. De esta forma, la mercantil SSB pasaría en bloque como una unidad económica de SS a estar controlada al 100% por la Sociedad Producciones Gasolina, S.L..

En caso de que esta alternativa se llevara a cabo, SS se extinguiría formando parte de la Sociedad y perdería su personalidad jurídica, por ello no es la alternativa más recomendable, ya que, la Sociedad tendría que correr con las pérdidas en las que incurría la SS. Además, la extinción y pérdida de personalidad jurídica de SS supone que no pueda disolverse y liquidarse, por lo que es una posibilidad que no cumple con las exigencias del caso que se nos plantea.



4.1.3. Compra de las participaciones de SSB por parte de la Sociedad.

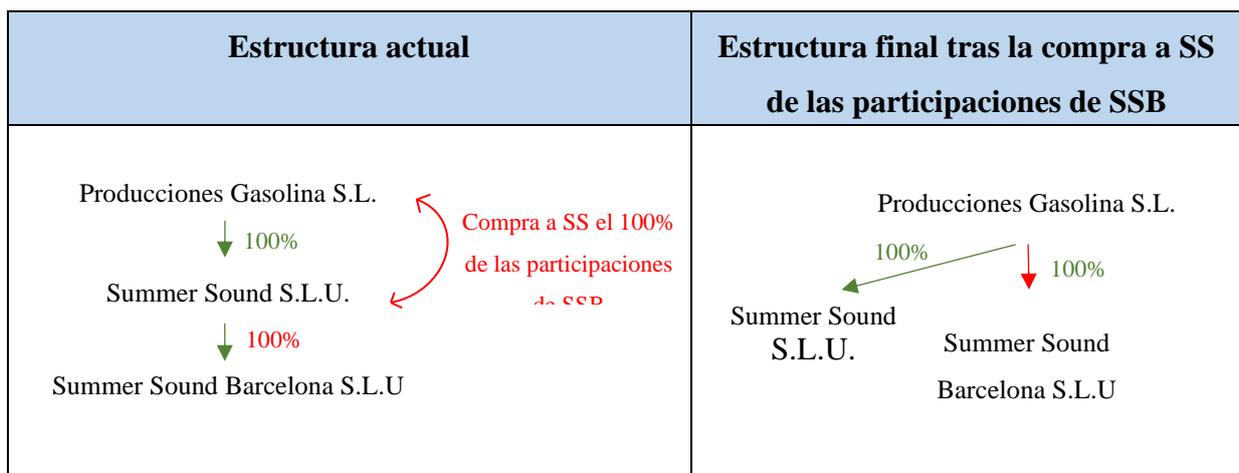
La tercera alternativa se basa en que La Sociedad compre todas las participaciones que ostenta la SS de SSB conforme al artículo 107.1 de la LSC, el cual establece que la SS será libre de vender sus participaciones a sociedades pertenecientes al mismo grupo, salvo que en los estatutos disponga lo contrario. Esta estrategia permitiría a la Sociedad adquirir todo el control sobre SSB y permitiría disolver la SS por otro lado, por lo que es una alternativa que cumple con las exigencias que se solicitan.

Normalmente, a la hora de realizar la compra de las participaciones de una Sociedad, el vendedor fija un precio y el comprador debe desembolsarlo para proceder a dicha compra. Sin embargo, en este caso concreto, el desembolso no causaría un perjuicio económico

para la Sociedad, puesto que al disolver y liquidar SS posteriormente a la compra, ese desembolso efectuado por la compra de las participaciones de SSB retornaría a la Sociedad.

Teniendo en cuenta que SS es una sociedad unipersonal, y SSB también, la tramitación de la compra sería simple. Según el artículo 107 de la LSC, a la hora de vender las participaciones, debe constar el consentimiento de la sociedad (SS) en la Junta General adoptando la decisión por mayoría ordinaria, sin embargo, estos requisitos legales, se cumplimentan fácilmente por el hecho de participar en la operación dos sociedades unipersonales y participadas íntegramente por otras dos del mismo grupo.

Esta alternativa sí que cumple con las exigencias que nos plantea el caso, puesto que finalmente la Sociedad sí tendría el 100% de las participaciones de SSB, y por tanto el control sobre esta y además SS podría disolverse y liquidarse.



4.1.4. Disolución y Liquidación de SS.

Una vez la Sociedad tuviera el control efectivo de SSB, se debe llevar a cabo la extinción de SS, puesto que es un foco de pérdidas y no es rentable para la Sociedad. La disolución y liquidación deberán llevarse a cabo conforme los artículos 360 y siguientes de la LSC.

En el proceso extintivo de una sociedad, se diferencian dos fases, la disolución y la liquidación. Por tanto, el efecto de la disolución es la apertura del período de

liquidación tal y como establece el artículo 371 LSC, *“la disolución de la sociedad abre el período de liquidación.”*

Para que SS sea disuelta, conforme al artículo 362 LSC debe existir causa legal o estatutaria y debe estar constatada por la junta general o por resolución judicial. En este caso SS tiene unas pérdidas que reducen el patrimonio por debajo de un límite legal, por ello, entre las causas legales de disolución que establece el artículo 363 LSC, se trata del apartado 1.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”*

La disolución deberá acordarse por la junta general, en las sociedades limitadas, tendrá que aprobarse por un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, sin embargo, al estar participada al 100% por la Sociedad, no supone un obstáculo para llevar a cabo la disolución.

Sin perjuicio de lo expuesto, si la causa legal que dispone el artículo 363.1.e no concurre con las circunstancias del caso, el artículo 368 prevé otra vía, por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos.

La disolución de la sociedad se inscribirá en el RM³⁷ y causará efectos entrando SS en periodo de liquidación, suspende toda su actividad lucrativa y desaparece el órgano administrativo, los cuales perderán su poder de representación de la sociedad, y los liquidadores se subrogarán en todas las funciones³⁸. Asimismo, la sociedad, seguirá teniendo personalidad jurídica y mantiene su actividad paralizada.

La liquidación es un proceso que tiene como finalidad el reparto entre los socios del patrimonio resultante después de haber cobrado los créditos pendientes y haber satisfecho las deudas sociales. Teniendo en cuenta que SS no tiene créditos ni deudas pendientes, los liquidadores podrán proceder directamente a satisfacer la cuota de liquidación a los

³⁷ Véase el artículo 368 de la LSC

³⁸ Véase el artículo 371 y 374 de la LSC

socios tras realizar inventario y balance en los tres meses posteriores a la disolución³⁹. Dicho balance final, un informe completo sobre las operaciones realizadas y un proyecto de división entre los socios del activo resultante deberán someterse a la aprobación de la Junta General. No obstante, este proceso, al ser una sociedad íntegramente participada será mucho más rápido y sencillo, que si se tratara de varios socios.

En último lugar, deberá otorgarse escritura de la extinción de SS e inscribirlo en el RM⁴⁰. Siguiendo todo este procedimiento, SS quedaría correctamente disuelta, liquidada y extinguida.

4.2. La Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de BZRP.

Las adquisiciones de un porcentaje de las acciones de una sociedad cotizada estarán reguladas por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, “**LMV**”) y por el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (en adelante, “**RD 1066/2007**”).

Las ofertas públicas de adquisición de valores (en adelante, “**OPAS**”), son operaciones de mercado de valores en las que una persona física o jurídica realiza una oferta dirigida a todos los accionistas de una sociedad cotizada para comprar la totalidad o parte de sus acciones a un determinado precio. Según el artículo 128 del RD 1066/2007 están obligados a formular OPAS por la totalidad de las acciones quien alcance el control de una sociedad cotizada, ya lo consiga:

- Mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, derechos de voto en dicha sociedad;
- Mediante pactos parasociales con otros titulares de valores; o

³⁹ Véase el artículo 390 de la LSC

⁴⁰ Véase el artículo 395 de la LSC

- Como consecuencia de los demás supuestos que reglamentariamente se establezcan.

Asimismo, el artículo 4 del mismo reglamento establece que una persona física o jurídica, individualmente o de forma conjunta con quien actúe en concierto con ella, ejerce un control efectivo cuando: *“(a) alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%, 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”*.

En primer lugar, la Sociedad plantea la posibilidad de adquirir un 29,99% de las acciones de Biza. Según lo mencionado anteriormente⁴¹, la Sociedad no estaría obligada a realizar una OPA. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la normativa sobre el cómputo de votos que establece el artículo 5 del RD 1066/2007. Dicho artículo establece que los derechos de voto que tengan los miembros del órgano de administración de la entidad que adquiera acciones de la sociedad cotizada, en este caso Biza, se atribuirán a esa misma entidad. En este caso, D. Raúl, que es el actual consejero delegado de la Sociedad, tiene un 6% del capital social Biza, por ello, aunque el 29.99% no alcance el 30% de las acciones que requiere la ley para que la formulación de la OPA sea obligatoria, a este porcentaje habría que sumar el 6% de D. Raúl, que resulta en 35.99%. Por todo ello, la Sociedad deberá llevar a cabo una OPA obligatoriamente.

La segunda posibilidad que plantea la Sociedad es adquirir simplemente un 12% de Biza pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza. Al suscribir un pacto de voto con Dña. Natalia Antillano, conforme al artículo 530 de la LSC se estaría suscribiendo un pacto parasocial puesto que incluiría regulación respecto del ejercicio de voto de ambos socios. La

⁴¹ Véase el artículo 128 del RD 1066/2007

suscripción de dicho pacto conlleva la obligatoriedad de formular una OPA ya que conforme al mencionado artículo 5 del RD 1066/2007 en su apartado 1.b, se establece que se atribuirán a la misma persona los porcentajes de voto que correspondan a aquellas que actúen de forma concertada acordando pactos parasociales. Es decir, el 12% de la Sociedad y el 28% de Dña. Natalia, computarían de forma conjunta, y evidentemente alcanzarían el 30% del artículo 4 de la misma norma, que implica la obligatoriedad de formular una OPA. En caso de que ambos socios lleven a cabo dicho pacto parasocial, estos deben comunicárselo a la Comisión Nacional de Mercado de Valores (en adelante, “CNMV”) y a la Sociedad y posteriormente deberán inscribirlo en el RM en el que BIZA este inscrita. En la medida en que estos requisitos no se lleven a cabo el pacto no producirá efectos.

La Sociedad plantea una tercera opción, adquirir el 100% de las acciones de Biza. En este caso, la Sociedad estará obligada a lanzar una OPA a todos los accionistas de la sociedad por el 100% de las acciones al precio más alto que se habría pagado por los valores durante los doce meses precedentes al anuncio de la OPA, denominado precio equitativo.⁴²

4.2.1. Posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (en adelante, “LDC”), busca asegurar que los mercados sean competitivos y que no se generen situaciones de monopolio o prácticas anticompetitivas que puedan perjudicar a los consumidores o a otras empresas en el mercado. Es importante tener en cuenta la aplicación de esta ley en los casos anteriormente mencionados, sobre todo en caso de que la Sociedad quiera adquirir el 100% de Biza puesto que es un supuesto claro de posible concentración económica en el mercado. La LDC considera que existe una concentración económica

⁴² Véase el artículo 9 del RD 1066/2007

cuando tiene lugar un cambio estable del control de una empresa como consecuencia, entre otras, de la adquisición del control sobre la totalidad o parte de esta.⁴³

El artículo 8 de la LDC establece los umbrales para la aplicación del procedimiento de control en concentraciones económicas. Indica que dicho procedimiento se aplica cuando al menos una de las dos circunstancias siguientes se cumple:

1. *“Que como consecuencia de la concentración se adquiriera 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.*

Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

2. *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”*

La adquisición del 100% de Biza, especialmente si tiene una posición significativa en el mercado puede ser susceptible de afectar al mantenimiento de la competencia efectiva en este.

Sin analizar los datos del mercado no podemos afirmar con exactitud que la adquisición de Biza alcance una determinada cuota de mercado (art. 8.1.a LDC) o un determinado

⁴³ Véase e artículo 7 de la LDC

volumen de negocios (art. 8.1.b LDC). No obstante, en caso de que se cumplan alguna de las situaciones de control, la Sociedad y todos los socios que lo adquirirían junto a ella, deberán notificar la concentración a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “CNMC”) antes de la adquisición.

Posteriormente la CNMC llevará a cabo el procedimiento de control que fija la LDC, el cual tiene dos fases: (i) En la primera fase se decidirá si debe ser archivada, si es susceptible de ser autorizada (con o sin compromisos) o si la concentración requiere ser analizada más detalladamente, lo que dará paso a segunda fase y (ii) en la segunda fase se prevé la participación de terceros interesados y resolverá si la concentración debe ser autorizada de pleno o con compromisos o si debe ser prohibida.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

Normativa.

- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- 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 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Jurisprudencia.

- Sentencia del TJUE del 27 de septiembre de 2012. Tribunal General, Sala Sexta, Asunto T 373/09. El Corte Inglés/OAMI — Pucci International (Emidio Tucci)

- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección 1, Nº del recurso: 900/2008, del 24 de febrero de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Sección 2, Nº del recurso: 2727/2017, del 5 de noviembre de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección 1, Nº del recurso: 348/2003, del 25 septiembre de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección 1, Nº del recurso: 788/1992, del 12 de marzo de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección 1ª. Nº de sentencia 138/2009, Nº de recurso 700/2004 de 6 de marzo de 2009.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla. Sala de lo Social. Sección 1ª. N.º de sentencia 717/2022, N.º de resolución 1851/2020, de 10 de marzo de 2022.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social, Sección 1ª. N.º sentencia 246/2014, de 16 de enero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga. Sala de lo Social, Sección 1, Nº del recurso: 454/1999, Nº de la Sentencia 1906/1999 del 30 de julio de 1999.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social, Sección 1ª, Nº del recurso 4144/2008, Nº de la Sentencia 7289/2008 de 3 de octubre de 2008
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sección 2. Número de sentencia 305/1998 y número de recurso 5722/1997 del 14 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sección 6. Número de sentencia 699/2006 y número de recurso 3396/2006 del 20 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justifica de Asturias (Oviedo), Sala de lo Social, Sección 1. Nº recurso 1798/1997, Nº Resolución: 554/1998, del 27 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1. Nº recurso 278/2021, Nº Resolución: 588/2021, del 11 de junio.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15. Número de recurso 7/2013, número de sentencia 362/2013, de fecha 21 de octubre.

