



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Autor: Juan Egea Díaz

TRABAJO FINAL DE MÁSTER DE ACCESO A LA
ABOGACÍA

Derecho de Empresa

Tutor: Ignacio Hornedo

Madrid

Diciembre 2023

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II. CUESTIONES PLANTEADAS	6
PARTE 1	6
1. Contingencia Fiscal.....	6
2. Contingencia Marcas Y Patentes	14
3. Contingencia laboral	18
4. Mecanismos de protección contractual.....	24
PARTE 2	26
1. Distribución de dividendos	26
2. Responsabilidad del Consejo de Administración.....	31
3. Del derecho de información.....	36
PARTE 3:	40
1. Fusión y liquidación.....	40
2. Sobre la adquisición de acciones	47
BIBLIOGRAFÍA	51

INFORME JURÍDICO

A la atención de: LATINO GANG, INC y PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.

De: ICADEX ABOGADOS (icadex@abogados.com)

Fecha: 21 de diciembre 2023

Asunto: Asesoramiento jurídico sobre las contingencias detectadas tras proceso de *Due Diligence*, cuestiones relativas a próximas reuniones de la junta general y Consejo de Administración, y respecto de las posibilidades de expansión.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal Administración Tributaria
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
CC	Código Civil
CNMC	Comisión Nacional de Mercados de Competencia
CMNV	Comisión Nacional de Mercados y Valores
CP	Código Penal
CUP	Convenio Unión de París
ET	Estatuto de los Trabajadores
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGT	Ley General Tributaria
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
LSC	Ley de Sociedades de Capital
OEMP	Oficina Española de Patentes y Marcas
OPA	Oferta Pública de Adquisición
PN	Patrimonio Neto
RDAD	Real Decreto de Alta Dirección
RRM	Reglamento Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SL	Sociedad Limitada
SLU	Sociedad Limitada Unipersonal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se va a realizar a modo de informe/dictamen jurídico. Para ello, tras la introducción, se irán analizando cada una de las diferentes cuestiones planteadas de forma individualizada, puesto que cada una de ellas se centra en una rama específica del Derecho.

En el complejo entramado empresarial contemporáneo, las fusiones y adquisiciones representan un fenómeno clave que redefine el panorama económico. En este contexto, el presente dictamen jurídico examina el proceso de fusión entre compañías entre otras cuestiones, un acontecimiento crucial que involucra una convergencia de múltiples áreas del derecho. La fusión empresarial no solo incumbe al derecho mercantil y corporativo, sino que irradia hacia distintos ámbitos legales, como el fiscal, laboral, regulatorio y contractual, entre otros.

Esta evaluación legal se propone analizar y responder a una serie de cuestiones derivadas de las diferentes operaciones que realiza en el mercado tanto la Sociedad como las distintas entidades del Grupo. Se tomarán en consideración la amalgama de normativas, regulaciones y precedentes jurídicos aplicables. Se abordarán aspectos que van desde la conformidad con las leyes de competencia y fusiones hasta los derechos laborales de los empleados involucrados, así como las implicaciones fiscales, financieras y contractuales.

El presente dictamen busca proporcionar una visión integral de los desafíos legales planteados por el proceso de expansión de la Sociedad y del Grupo, ofreciendo un análisis detallado que se fundamenta en la intersección de diversos campos del derecho. La finalidad es brindar orientación jurídica que permita una comprensión exhaustiva y una toma de decisiones informada en el contexto de una fusión de compañías.

Se precisará un análisis detallado de cada una de las cuestiones planteadas, cada una partiendo de la legislación y jurisprudencia oportunas, dando una posible estrategia de defensa en varios ámbitos y una perspectiva jurídica de lo que realmente es una operación mercantil sujeta a Derecho Español.

El Dictamen estará dividido en tres partes siguiendo el orden planteado por el LATINO GANG INC. Las cuestiones planteadas aparecerán en azul, mientras que las respuestas o el análisis de cada cuestión será contestado en color negro.

II. CUESTIONES PLANTEADAS

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

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

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

1. **Contingencia Fiscal:** 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 Tik Tok, 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.

Executive summary fiscal

Se demanda un análisis detallado sobre la idoneidad de regularizar esta situación frente a la alternativa de ignorar el asunto, evaluando los posibles costes asociados a ambas opciones. Adelantamos que se recomienda optar por la regularización pues consideramos que es la medida más ya que a priori genera menos riesgos. No obstante, analizaremos también el coste total de una sanción porque en determinadas ocasiones según la cantidad no declarada podría llegar a compensar en términos económicos.

Contexto fiscal

En el panorama internacional de la industria musical, LATINO GANG INC., ha consolidado su presencia como una de las principales productoras de música latina en América. Sin embargo, con la ambición de expandir sus operaciones hacia nuevos horizontes, el Grupo ha centrado su mirada estratégica en el mercado español, identificándolo como un punto clave para su crecimiento futuro. Con la intención de ingresar a este mercado, han contemplado la adquisición del 51% del capital social de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L., como una puerta de entrada a España.

Una de estas contingencias cruciales se relaciona con la presunta omisión por parte de la Sociedad de declarar ingresos superiores a un millón de euros generados por conciertos virtuales a través de la plataforma Tik Tok durante el 2020, especialmente durante los meses críticos de la pandemia. Este hecho plantea un dilema importante para el Grupo, ya que existe la preocupación acerca de una posible investigación por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

En este contexto, esta parte del informe se enfocará en la evaluación de las implicaciones legales, financieras y estratégicas relacionadas con la regularización o la no acción frente a la omisión de ingresos por conciertos virtuales de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L., brindando una guía y una serie de recomendaciones para la toma de decisiones informada por parte del Grupo ante esta delicada contingencia.

Para comenzar, para dar una respuesta integral en esta pregunta, se necesita analizar minuciosamente la Ley General Tributaria (LGT), que será clave para valorar los gastos que conlleva para la Sociedad tanto la opción de regularizar la situación de no haber declarado correctamente los ingresos generados a través de la plataforma de Tik Tok, como los gastos y otras consecuencias que generarían omitir esa regularización incluyendo una gran sanción por parte de la AEAT.

Se deberá tener en cuenta como punto de partida de este informe que cualquiera de las opciones por las que opte la Sociedad va a conllevar una serie de gastos elevados. Se tratará de llevar a cabo una aproximación muy detallada de las cantidades para ambas opciones con el objetivo de que finalmente se pueda tomar una decisión con el conocimiento de todos los datos.

Régimen sancionador tributario

En primer lugar, se va a proceder a un análisis exhaustivo del régimen sancionador tributario que impera en nuestro ordenamiento jurídico para poder hacer una aproximación real y efectiva de las posibles sanciones que se podrían imponer por parte de la AEAT en caso de no regularizar la situación planteada en el caso.

En el Título IV de la LGT se contempla la potestad sancionadora, lo cual es importante a la hora de determinar una posible sanción que impondría la AEAT. Lo primero que entraría a valorar este ente sería si verdaderamente la conducta llevada a cabo por la Sociedad se trata de una infracción tributaria.

La ley define las infracciones tributarias como: *“las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley.”* Por lo tanto, se corre un riesgo muy elevado de que finalmente se considere la conducta como infracción tributaria por tratarse de una omisión de declaración de unos ingresos que suman una cantidad importante de dinero por un total de un millón de euros.

En suma, la LGT es aún más explícita en cuanto a las infracciones puesto que en su artículo 184 establece que: *“se entenderá que existe ocultación de datos a la Administración tributaria cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por ciento”*.

La conducta de no haber declarado el ingreso de un millón de euros derivados de plataformas virtuales se recoge concretamente en el artículo 191 de la LGT. En este aspecto, aquí se encuentra la clave de esta cuestión. Este precepto castiga como infracción tributaria el *“dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo”*. La base de la sanción que se impondría sería la cantidad que se debe, es decir, la deuda tributaria. En este caso, para unos ingresos de un millón de euros el tipo impositivo de Impuesto de Sociedades (IS) que marca la ley es del 25%. Por tanto, la base de sanción asciende a 250.000 euros.

Gravedad de la infracción

En segundo lugar, siguiendo el procedimiento establecido y una vez determinado que se trata de una infracción tributaria, se discutirá la gravedad de la misma. Esta se podrá clasificar en tres estaciones diferentes y en función de la estación en la que se encuadre la falta se impondrá una sanción u otra sobre la base de sanción ya comentada. Se clasificará la falta como leve, grave o muy grave. En este punto se debe analizar si ha existido ocultación de los ingresos o no o si se han empleado medios fraudulentos o no para llevar a cabo la conducta pues será determinante para encuadrar la falta en cualquiera de las tres estaciones.

De inicio, descartamos que se trate de una infracción leve debido a que la cantidad excede los 3.000 euros. En cuanto a si ha existido ocultación de los ingresos o medios fraudulentos, entramos en un campo más subjetivo, pero se presume altamente probable que la administración acabe considerando la infracción como muy grave principalmente por tratarse de un importe tan elevado.

La diferencia de una sanción grave y una sanción muy grave es muy alta, pero es recomendable colocarse en el peor de los escenarios que es la sanción muy grave que ascendería a una multa pecuniaria del 100 al 150 por ciento del total de la deuda tributaria, lo que ascendería a una horquilla entre 250.000 euros y 325.000 euros.

No obstante, la sanción podría ser recurrida según los términos que establece la ley, en concreto en el artículo 212.2 LGT. Sin embargo, como resultado más beneficioso para la sociedad en caso de estimarse el recurso sería la calificación de la infracción como grave en vez de muy grave y por tanto disminuir la sanción a la correspondiente en esa estación, es decir, a una multa pecuniaria entre el 50 y 100 por ciento de la deuda tributaria, lo que ascendería a un total de 125.000 euros a 250.000 euros. La parte negativa de iniciar un recurso de suplicación es el tiempo que tardarían los tribunales en dar una resolución que ni si quiera es probable que se estime en favor de la sociedad infractora.

Análisis entre regularización vs. Riesgos ignorar asunto

En definitiva, los riesgos de ignorar el asunto y que se lleve a cabo una inspección son altos y por tanto también son altos los riesgos de ser sancionados. Lo que es más discutible es la cantidad de la sanción que variará en función de si la AEAT en el transcurso de su investigación considera la infracción grave o muy grave. En ningún caso, la multa

pecuniaria saldría de la horquilla del 50 al 150 por ciento de la deuda tributaria, es decir, entre 125.000 euros y 325.000 euros, además de devolver la cantidad no declarada.

Por otra parte, como se ha mencionado brevemente en la introducción de esta cuestión, la regularización de la situación generada por no haber declarado el millón de euros ingresados a través de la plataforma virtual también conlleva una serie de gastos para la Sociedad. En este punto se va a valorar si estos gastos son superiores o inferiores a los de la sanción y si los riesgos son más altos o no.

La regularización de unos ingresos obtenidos en 2020 supondría una declaración extemporánea de los mismos. Suponiendo que se regulariza la situación a fecha de enero de 2024 la Sociedad contaría con un retraso de 18 meses.

El pago deberá efectuarse con antelación a que la AEAT abra una investigación por esos ingresos. Evidentemente, cualquier requerimiento o acción administrativa por parte de la AEAT previo a regularizar la situación anularía esta vía de estrategia y únicamente quedaría abierto la posibilidad de recurrir la hipotética sanción muy grave.

De este modo, el retraso en el pago no supondrá ningún tipo de sanción más que los recargos e intereses de demora que se detallarán en párrafos posteriores. Es importante saber los meses de retraso puesto que va a afectar al importe resultante del recargo de declaración extemporánea.

Los recargos de declaración extemporánea se contemplan en el artículo 27 de la LGT y se definen como *“son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria.”*

El recargo es de un 1% del importe, más otro 1% adicional por cada mes de retraso en el pago, es decir, un 19% de la deuda, por tanto, un total de 47.000 euros. Sin embargo, existe una excepción relativa a este porcentaje en la que se establece que a partir de los doce meses de retraso el porcentaje aplicable en el recargo por declaración extemporánea de ingresos es del 15% además de incluir los intereses de demora. El 15% de la deuda tributaria de la Sociedad son 37.500 euros.

El mismo precepto establece que los intereses de demora serán exigidos desde el día siguiente a haber transcurrido doce meses desde la finalización del pago para pagar el impuesto.

El artículo 26.3 de la LGT relativo a los intereses de demora de las deudas tributarias se enuncia que: *“El interés de demora se calculará sobre el importe no ingresado en plazo o sobre la cuantía de la devolución cobrada improcedentemente, y resultará exigible durante el tiempo al que se extienda el retraso del obligado, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente”*

Por lo tanto, teniendo en cuenta que para el año 2023, los intereses de demora que ha establecido la AEAT son el 4,0625% de la deuda tributaria, es decir, que se deberían añadir a los 37.500 euros de deuda tributaria, 1.523,44 euros de intereses de demora, haciendo un total de 39.023,44 euros.

Evidentemente, analizadas ambas posibilidades tanto de ignorar el asunto asumiendo una posible sanción como la declaración extemporánea regularizando la situación, la opción más económica sin ningún tipo de duda es la de declarar los ingresos tardíamente, pero la cuestión económica no es el único factor a considerar para tomar la decisión final, aunque vista la diferencia entre una opción y otra, puede llegar a ser determinante.

Prescripción

Otro de los factores que se deben considerar es la prescripción. El artículo 66 de la LGT establece un plazo de prescripción de cuatro años para *“El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas”*. A efectos del cómputo el artículo 68 fija el cómputo de la prescripción del derecho de la AEAT a exigir el pago de la deuda tributaria *“desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo de pago en período voluntario”*, es decir desde el 1 de julio de 2021, por lo que el derecho quedaría prescrito el 1 de julio de 2025. No obstante, la prescripción quedará interrumpida por:

- A) *“Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, dirigida de forma efectiva a la recaudación de la deuda tributaria.*
- B) *Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la declaración del concurso del deudor o por el ejercicio de acciones civiles o penales dirigidas al cobro de la deuda tributaria, así como por la recepción de la comunicación de un órgano*

jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso.

C) Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente al pago o extinción de la deuda tributaria.”

No tenemos conocimiento de que se haya iniciado ninguna acción ni reclamación por parte de la Administración contra la Sociedad, por lo que en principio se mantendría esa fecha como fecha de prescripción.

Esta cuestión se trae a colación porque transcurrida la fecha de prescripción, la AEAT no podrá exigir el pago de la deuda tributaria a la Sociedad. Quizás por la cercanía de la misma, la Sociedad quiere tomar el riesgo de ignorar el asunto y esperar que durante ese periodo la AEAT no abra una investigación durante ese periodo. De esta forma, la Sociedad quedaría completamente indemne y no podría ser ni sancionada ni exigida a pagar la deuda tributaria. Dicho esto, no se recomienda en absoluto esta vía, puesto que el riesgo de que la AEAT advierta esta falta de declaración de ingresos es excesivamente alto.

Riesgo penal

En suma, no solo es altamente probable que se abra una investigación, se exija el pago de la deuda tributaria y se imponga una elevada sanción, sino que también puede haber consecuencias penales derivadas de un delito de ocultación fiscal.

El artículo 305 del Código Penal (CP) es muy concreto y establece que: *“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, ...”*

Teniendo en cuenta que la cantidad de la deuda tributaria es de 250.000 euros, se está incurriendo en un delito de ocultación fiscal por superar la cantidad de 120.000 euros que

establece el precepto que conlleva una pena de prisión de uno a cinco años además de una multa entre 250.000 euros a 1.500.000 euros.

Conclusión contingencia fiscal

En definitiva, a modo de resumen y examinados todos los riesgos en su conjunto, se recomienda regularizar la declaración de ingresos cuanto antes por muy extemporáneo que sea.

Las consecuencias de ignorar el asunto son infinitamente más graves que las de regularizar la situación, puesto que las primeras conllevan con casi toda certeza, además de abonar los 250.000 euros que se debieron declarar en su día, una sanción de entre 125.000 euros y 305.000 euros además de tratarse de un delito de fraude fiscal que trae consigo una pena de prisión de uno a cinco años junto con una multa pecuniaria de 250.000 euros a 1.500.000 euros, quedando una posibilidad ínfima de quedar indemne por transcurrir la fecha de la prescripción de exigir el pago de la deuda tributaria.

Sin embargo, regularizando la situación generada, únicamente se abonarán 37.500 euros de recargo por declaración extemporánea de los ingresos percibidos en 2020 más 1.523,44 euros de intereses de demora, además de abonar los 250.000 euros que se debieron declarar, quedando la balanza comparativa entre los riesgos de ambas opciones claramente inclinada claramente hacia la opción de regularizar la situación.

2. Contingencia Marcas Y Patentes: 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 Doña Rosario y si la Sociedad tendría cauces sólidos de defensa.

Executive summary propiedad intelectual

Se realizará un análisis detallado de cada punto argumentativo presentado por ambas partes para determinar la solidez de los fundamentos legales y fácticos involucrados en el litigio donde se concluirá las altas probabilidades de que se declare la notoriedad de la marca de la que es titular Doña Rosario, las acciones que podría interponer contra la sociedad y la estrategia de defensa de la misma.

Supuesto de hecho

En este contexto, la presente sección del dictamen tiene como objetivo analizar la viabilidad de las reclamaciones planteadas por Doña Rosario, considerando la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual y marcas, así como evaluar los posibles cauces de defensa disponibles para la Sociedad frente a estas alegaciones.

Las reclamaciones surgen de la controversia suscitada entre la Sociedad, titular del registro de la marca "MOTOPAPI" concedida por la OEMP y la cantante Dña. Rosario García-Despechá, quien dice ser titular de determinados derechos. Se han ejercido

acciones legales que se basan en alegaciones que plantean la presunta vulneración de un derecho de propiedad intelectual en relación con la marca registrada por la Sociedad.

Los motivos esgrimidos por Doña Rosario se centran en tres puntos fundamentales: la alegación de que su derecho, aunque no registrado en la OEMP, precede en el tiempo al registro de la marca "MOTOPAPI"; la afirmación de que la marca y logo de Doña Rosario podrían ser fácilmente confundidos con los de la Sociedad; y el argumento de que Doña Rosario ha realizado significativas inversiones en publicidad para promover su marca, alcanzando una cifra superior a los 10 millones de euros, exclusivamente en el mercado español.

Titularidad de la marca

En este análisis, se entrará a valorar si Doña Rosario es verdaderamente titular de la marca de la que dice ser titular, pese a no estar registrada en la OEMP y qué protección jurídica le confiere su marca no registrada notoriamente conocida. En suma, se dibujará una propuesta de estrategia sobre cómo afrontar la defensa frente a esas reclamaciones y el futuro que pudieran tener. Para ello, se estudiará detenidamente la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

El derecho de marca nace en cuanto se registra debidamente la marca en la OEMP, y tiene una duración de diez años desde la concesión de la misma, pudiendo ser renovada por periodos sucesivos de diez años. La concesión de la marca "MOTOPAPI" fue otorgada el 22 de octubre de 2022 por lo que, en un principio, la Sociedad mantendrá el derecho de la marca registrada al menos hasta el 22 de octubre de 2032. Sin embargo, existe un condicionante para que el derecho se mantenga durante diez años. Se requiere al titular de la marca, como deber legal, un uso obligatorio de la misma durante los primeros cinco años desde que fuera concedida, por lo que un uso de la misma anterior a finales de 2027 impediría la caducidad de la misma.

En cuanto al fundamento de Doña Rosario, debemos hacer especial mención al artículo 6.1 de la Ley de marcas para poner en contexto la situación. Se establece que: "*No podrán registrarse como marcas los signos: a) Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos. b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan,*

exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior”.

Adicionalmente continua el artículo en el apartado 6.2. d.) considerando *“las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean "notoriamente conocidas" en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París”* incluidas dentro del concepto de “marca anterior” al que se hace referencia en el primer apartado.

En este punto surge el conflicto planteado por Doña Rosario debido a que la Ley de marca otorga protección jurídica a las marcas que, pese a no estar debidamente registradas en la OEMP, cuenten con el estatus de notoriedad. Ante un concepto tan ambiguo que no se encuentra definido ni en la Ley de marcas ni en el Convenio de la Unión de París (CUP), debemos acudir al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio del 15 de abril de 1994 (ADPIC) a su artículo 16.2 donde se dice que la notoriedad de la marca debe observarse en el *“sector pertinente del público.”*

Existe jurisprudencia reciente en relación con la notoriedad de la marca no registrada. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 24 de enero de 2020¹ estableció que: *“ya en abril de 2017 la marca Supreme de la demandante era notoriamente conocida al menos en dos de los sectores pertinentes de público interesado, el de las personas que participan en los canales de distribución y el de los círculos comerciales. Llegamos a tal conclusión a partir de la presencia muy notable de la marca en los medios de comunicación y en la prensa especializada en los años anteriores al registro, muy superior a lo que indican las ventas reales, presencia motivada por la constante promoción de la marca por personajes de gran relevancia internacional como Lady Gaga...”*

En este sentido, y a falta de datos concretos más que los relativos a la inversión en la publicidad de su marca, debemos cuestionarnos si la marca de Doña Rosario puede llegar a considerarse marca notoriamente conocida. La cantidad invertida en publicidad solamente en España resulta verdaderamente alta, siendo la publicidad uno de los canales

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 14/2020 de 24 de enero de 2020. “SUPREME” (Chapter 4 Corp. DBA Supreme) vs. (Elechim Sports, S.L. e International Brand Firm Ltd)

más útiles para que la marca tenga presencia en el sector pertinente de público interesado, lo que nos lleva a presumir que sí se ha alcanzado esa notoriedad en el sector indicado.

Es por ello por lo que al tratarse de más de diez millones de euros invertidos en publicidad y en base a la sentencia expuesta, consideramos probable que un juez determine que Doña Rosario es la titular de una marca notoriamente conocida no registrada y que por tanto goza de una protección jurídica asimilada a la de una marca registrada en virtud de lo expuesto anteriormente en el artículo 6 de la Ley de marcas.

Sin embargo, la prueba de Doña Rosario deberá ser contundente, no bastando aportar como prueba las facturas de las campañas de publicidad en España. De hecho, un caso² reciente en el marco de la Unión Europea, donde McDonald's perdió la marca del "Big Mac" por presentar como prueba cifras de facturación de la marca.

Acciones legales

Por todo esto, Doña Rosario como titular legítima de la marca notoriamente conocida no registrada, tiene derecho a la acción reivindicatoria contemplada en el artículo 2.2 de la Ley de marcas que establece que: *"Cuando el registro de una marca hubiera sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual, la persona perjudicada podrá reivindicar ante los tribunales la propiedad de la marca, si ejercita la oportuna acción reivindicatoria con anterioridad a la fecha de registro o en el plazo de cinco años a contar desde la publicación de éste o desde el momento en que la marca registrada hubiera comenzado a ser utilizada conforme a lo previsto en el artículo 39. Presentada la demanda reivindicatoria, el Tribunal notificará la presentación de la misma a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su anotación en el Registro de Marcas y decretará, si procediera, la suspensión del procedimiento de registro de la marca."* Entendemos que esta es la acción que ha presentado Doña Rosario ante los tribunales. De ser así, se encuentra en plazo para hacerlo, por no haber transcurrido los cinco años desde el 10 de diciembre de 2022. Sin embargo, podría ejercitar acciones civiles y penales con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios según los artículos 40 y siguientes de la Ley de marcas.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de julio de 2016 — Future Enterprises/EUIPO — McDonald's International Property (MACCOFFEE) (Asunto T-518/13).

Conclusión Contingencia de marcas

En definitiva, la defensa de la Sociedad deberá ir encaminada a demostrar que la notoriedad de la marca anterior de Doña Rosario no es tal como alega ella en la acción interpuesta. Se podrá defender que no es suficiente con probar que se ha invertido una cantidad alta de dinero en publicidad para alcanzar la notoriedad de la marca en el sector pertinente del público. Como sucedió en el caso de McDonald's no basta con alegar cifras de facturación para alcanzar esa notoriedad, lo que les llevo a perder la marca de "Big Mac."

3. Contingencia laboral: 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.

Executive summary Alta Dirección

En esta sección, se va a entrar a valorar el régimen especial de los altos directivos desde una perspectiva laboral, las consecuencias que implica su condición a la hora del despido de Don Patricio Quevedo y sus particularidades en cuanto al pacto de indemnizaciones legales por extinción de contrato, en concreto para los casos de desistimiento unilateral del empresario como figura más significativa. Se fundamentará que a menos que se consiga demostrar ante un juez que en realidad existe una relación laboral ordinaria encubierta bajo un contrato de alta dirección, quedarán muy reducidas las posibilidades de no abonar la indemnización de 900.000 euros.

Marco legal Alta Dirección

Lo primero que hay que tener en cuenta en esta cuestión debe ser las consideraciones generales de la alta dirección como relación laboral especial. En el Estatuto de los Trabajadores (ET), en el artículo 2.1 se establece que: "*Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) La del personal de alta dirección*". Por ello, como

relación laboral especial tiene una regulación propia. En 1985 se aprobó 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, que es el que sigue vigente hoy en día.

Lo que nos atiene en este momento es la particularidad de la indemnización legal pactada por el alto directivo con el empresario. En la propia naturaleza del contrato de alta dirección está prevista una indemnización por desistimiento del empresario sin necesidad de tener causa. Esto es excepcional en el Derecho del Trabajo, pues permite al empresario desistir de la relación laboral especial sin necesidad de alegar una causa, sustituyendo la premisa principal del Derecho del Trabajo de especial protección de los trabajadores y estabilidad en el trabajo por el bienestar de la empresa. De esta forma, se elimina la posibilidad de llevar a cabo un despido basado en causas disciplinarias ya que lo único que necesita alegar, que no demostrar, el empresario es la pérdida de confianza en el alto directivo.

En el artículo 11.1 del Real Decreto de Alta Dirección (RDAD) se dispone que: *“El contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso en los términos fijados en el artículo 10.1. El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.”*

Lo que se descifra verdaderamente de este artículo es que el legislador ha querido proteger al alto directivo en caso de extinción de contrato de forma unilateral por el empresario con una indemnización, de al menos siete días de salario por año trabajado, pudiendo pactarse, como es el caso y como suele ser habitual, una indemnización superior. A falta de datos del salario, no es imposible calcular la indemnización que le correspondería a Don Patricio Quevedo por haber prestado servicios para la Sociedad por una duración de dos años y ocho meses, aunque no sería necesario pues en este caso impera la indemnización legal pactada para la extinción del contrato de 900.000 euros.

Lo que el Tribunal Supremo (TS) no ha permitido en la sentencia de 22 de abril de 2014³ es la ausencia de indemnización alguna para el caso de desistimiento del alto directivo por parte del empresario. Se puso de manifiesto el carácter irrenunciable de la misma,

³ STS de 22 de abril de 2014 (RJ 2014, 3599)

impidiendo pactar la ausencia de indemnización (incluso la de siete días por año trabajado) puesto que entraba en conflicto con la propia redacción del artículo 11.1 del RDAD al establecerse que el alto directivo “*tendrá derecho*” a una indemnización, no pudiendo así desistir el contrato unilateralmente sin compensación económica alguna al alto directivo.

Descartada la posibilidad de que se considere válida una cláusula en la que se suprime cualquier indemnización para los casos de desistimiento por parte del empresario, conviene entrar a valorar si cabe pactar una indemnización inferior a lo establecido por ley. Es cierto que a tenor de la literalidad de lo establecido en el precepto (11.1 RDAD) no se pueden considerar los siete días por año trabajado como un mínimo legal, por lo que en principio nada obstaculizaría a pactar una indemnización menor, debido a que solamente se prohíbe la ausencia de esta.

El hecho de que un contrato de alta dirección contenga una cláusula indemnizatoria por encima de la legal establecida de siete días de salario por año trabajado hará que se considere el contrato como blindado. Son comunes y quedan estipuladas para garantizar la posición de la persona que firma el contrato frente a un desistimiento unilateral del empresario sin que sea basado en causas de despido disciplinario. En este sentido la sentencia del TS de 15 de marzo de 1989⁴ establece que la posición del alto directivo queda “blindada” y reforzada frente a la resolución unilateral por parte del empresario.

Los llamados blindajes no son más que compensaciones económicas dispuestas en las cláusulas contractuales por importes considerablemente superiores a lo que le correspondería al alto directivo en caso de extinción contractual por desistimiento unilateral del empresario sin indemnización pactada, es decir, de siete días de salario por año de trabajo. Se trata de una especie de cobertura del riesgo que supone aceptar una oferta de trabajo, una suerte de incentivo para que el alto directivo tome la decisión con la confianza que un desistimiento relativamente temprano unilateral del empresario quedaría cubierto.

En cuanto a una posible interpretación de la cláusula nos faltaría examinar la literalidad de la cláusula de blindaje en cuestión. Existe numerosa jurisprudencia en relación con la interpretación de las cláusulas de blindajes de altos directivos, pero con los datos con los

⁴ STS de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2414)

que contamos avanzamos que difícilmente se podrá abonar la indemnización correspondiente a despido objetivo por mucho que concurrieran las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción pues según el enunciado del caso expuesto: “*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*”, por lo que, en cualquier tipo de despido, aunque se demostrase la pérdida de la cuota de mercado en las Islas Canarias, la indemnización correspondiente a abonar será, en cualquiera de los casos, de 900.000 euros.

Podría parecer que existe un vacío legal en este aspecto porque en puridad, un desistimiento unilateral del empresario no es un despido, en tanto en cuanto no está vinculado a un incumplimiento del alto directivo. Sin embargo, la doctrina⁵ ha establecido que las cláusulas que vinculen la indemnización legal compensatoria de los altos directivos vinculadas al despido en sentido amplio deben incluir los supuestos de desistimiento empresarial unilateral. No cabe otra interpretación distinta a esta puesto que sería muy sencillo para la empresa eludir la cláusula pactada simplemente utilizando una nomenclatura distinta al despido, lo cual sería contradictorio a la voluntad de los contratantes establecido en la cláusula de blindaje del contrato de alta dirección.⁶

Sobre la posibilidad de abuso en la cláusula indemnizatoria

Por tanto, una vez definido que la cláusula es válida y aplica para los casos de desistimiento empresarial unilateral debemos comprobar si la cláusula, por su cantidad, es abusiva o desproporcionada y si realmente responde a la verdadera naturaleza indemnizatoria. Se van a analizar posibles causas de nulidad que pudieran servir a la Sociedad como defensa.

Teniendo en cuenta que se trata del Director General de la Sociedad, es altamente probable (de nuevo, a falta de datos y cantidades exactas) que tenga un salario muy elevado lo que hace indicar que la cuantía de 900.000 euros no es una cantidad exorbitante como indemnización por desistimiento del contrato de alta dirección por su naturaleza incentivadora que se ha mencionado previamente.

⁵ STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2002 (JUR 2002, 187662)

⁶ RAMO HERRANDO, M.^a J. , *Altos directivos y desistimiento empresarial*. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 123.

Tampoco parece posible poder alegar en el despido causa ilícita de la cláusula indemnizatoria ni vicio en la voluntad. Para el caso concreto, ni se ha transgredido la buena fe contractual en tanto en cuanto se trata de una cláusula lícita y comúnmente empleada en este sector ni contraviene una norma de orden público que pudieran provocar la nulidad de la cláusula.

De la sucesión de empresas

De cara a una posible sucesión de empresas, donde el Grupo adquiriría parte de la Sociedad, los contratos de alta dirección tienen relevancia, especialmente las cláusulas de blindajes a las que nos hemos referido. En el ET no existe referencia alguna a los altos directivos en lo relativo a la sucesión de empresa contemplada en el artículo 44 para el resto de los trabajadores ordinarios.

La doctrina en este sentido se ha dividido. Una parte mayoritaria ha defendido que, debido a la particularidad de los altos directivos que les permite desistir del contrato de alta dirección con derecho a ser indemnizado en los siguientes tres meses (artículo 10 RDAD), no se les puede aplicar de la misma manera y con las mismas garantías que a los trabajadores ordinarios el artículo 44 del ET, es decir, que no se les puede mantener las condiciones que venían manteniendo, inclusive sus cláusulas de blindaje, por tratarse de una regulación específica y por no existir una situación completamente análoga.

Otro de los argumentos que emplea esta parte de la doctrina y que nosotros mantenemos, es que no es posible la aplicación del artículo 44 del ET en virtud del artículo 1257 del Código Civil (CC) ya que establece que los contratos solo producirán efectos entre las partes contratantes y sus herederos. No es la parte subjetiva de los que otorgaron consentimiento sino el propio carácter especial de esta relación laboral la que determina que no se les puede aplicar la sucesión de empresa a los altos directivos.

Conclusión Alta Dirección

En definitiva, la especialidad de los altos directivos es tal que cuentan con un régimen diferente. En lo respectivo a la indemnización, debemos concluir que no será posible abonar una indemnización diferente a la pactada, sin conocer la literalidad de la cláusula, por la particularidad de esta figura incentivadora para los altos directivos y por la facilidad de los empresarios de desistir unilateralmente de los contratos.

Los 900.000 euros tendrán que abonarse en caso de extinguir la relación laboral de Don Patricio Quevedo a menos que la Sociedad consiga demostrar que realmente se trata de una relación laboral ordinaria encubierta en un contrato de alta dirección en cuyo caso se podría conseguir que se declarase la nulidad de la cláusula indemnizatoria o incluso de todo lo estipulado entre las partes en todo el contrato. Sin contar con muchos datos no podemos entrar de lleno a valorar esta cuestión, por lo que mantenemos todo lo expuesto a lo largo de esta sección sobre la dificultad de eludir la indemnización legal pactada de 900.000 euros.

4. Mecanismos de protección contractual: 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.

A modo de conclusión de este primer bloque, en virtud de las tres contingencias anteriores se van a exponer a continuación las garantías con las que cuenta la Sociedad para protegerse ante supuestos incumplimientos por parte de los vendedores.

En relación con la contingencia fiscal, la Sociedad deberá incluir en el contrato de compraventa una cláusula de *Reps and warranties* donde se manifieste que se han declarado correctamente todos los ingresos además de una cláusula indemnizatoria para el caso de que aparezcan nuevas obligaciones fiscales sobrevenidas que deba asumir la Sociedad. Además, sería conveniente interponer una cláusula de indemnidad para que la Sociedad quede indemne de los posibles costes que pudieran aparecer como vicios ocultos del desarrollo de la actividad del contrato como podría ser por ejemplo la asunción de una posible sanción de la AEAT. La diferencia entre las *reps and warranties* y las cláusulas de indemnidad es que, en la primera se trata de riesgos no conocidos por el comprador, mientras que en la segunda se protegen riesgos vinculados a la operación ya identificados en el proceso de *due diligence* por el comprador.

En cuanto a los mecanismos de protección en materia de patentes y marcas convendría, de nuevo, incluir una cláusula de *Reps and warranties* donde se manifieste que la Sociedad es titular de pleno derecho de “MOTOPAPI” sin que quede nada por reclamar. De esta forma, se mitiga el riesgo frente a un posible incumplimiento, pudiéndose incluso contratar una póliza de manifestaciones y garantías con la que se transfiera dicho riesgo a la aseguradora contratada. En puridad, se trata de un seguro de daños para que el tomador del seguro quede cubierto de las garantías que se estipulen en el contrato de compraventa como puede ser la falsedad de las *Reps and warranties*. En suma, si fuera el comprador el tomador del seguro también quedará cubierta una supuesta actuación dolosa.

Por último, de la relación de alta dirección, debido a las cantidades, es necesario incluir una cláusula de confidencialidad para garantizar el trasvase de información delicada. Para evitar que aplique la cláusula indemnizatoria de 900.000 euros para cualquier tipo de extinción contractual por parte del empresario, convendría haber explicitado que la

indemnización se pagará no en cualquier tipo de despido sino en aquel despido que se declarase improcedente judicialmente. También suele ser frecuente añadir pactos de no competencia para altos directivos que cuenta con una duración máxima de dos años y que debe incluirse como compensación en su retribución.

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. Distribución 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 estatutaria	30
Reserva voluntaria	10
Reserva de valorización	5
Otras aportaciones de socios (Cuenta 118 CPG)	20
Pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores	-130
Beneficios del último ejercicio	5
Préstamos participativos con sociedades del Grupo	70
TOTAL PASIVO + PATRIMONIO NETO	90

Executive summary distribución de dividendos de la Sociedad

Desde un punto de vista societario, se va a llevar a cabo una introspección al patrimonio neto de la Sociedad, analizando las posibilidades de reparto de los dividendos, examinando los tipos de dividendos, así como los requisitos necesarios para proceder a una distribución correcta de los mismos en el ámbito de una sociedad limitada. En este sentido, desarrollaremos el marco legal donde se contempla esta posibilidad y fundamentaremos jurídicamente por qué no se podrá distribuir dividendos.

Marco legal distribución de dividendos

Los socios de una sociedad limitada gozan de una serie de derechos por el mero hecho de poseer determinada participación de la misma. Uno de los principales derechos es el participar del reparto de las ganancias obtenidas por la sociedad. Este retorno económico funciona como una suerte de recompensa por haber sido partícipe de la inversión en la empresa. En la contabilidad de una sociedad, los dividendos se manifiestan como aquella parte de los beneficios sociales destinados a la distribución entre socios.

En realidad, no existe una obligación expresa en la ley por la que se fuerce a las sociedades a repartir dividendos al finalizar cada ejercicio, sino que las sociedades cuentan con una autonomía suficiente para tomar las decisiones oportunas al respecto y sobre cómo gestionar sus beneficios, pudiendo destinarlos a otros fines distintos. Incluso, dentro de la libertad de gestión de la sociedad, se puede hasta suspender el reparto de beneficios acordado por determinados ejercicios.

Se deben tener en consideración un conjunto de cuestiones a la hora de tomar decisiones respecto al reparto de dividendos. Es necesario llevar un control puesto que la junta general al ser soberana para decidir sobre la gestión de los beneficios corre el riesgo de que se produzca un abuso de mayorías.

Para evitar el abuso de mayorías la ley en el precepto 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) contempla el derecho de separación de los socios, en el que se permite al socio a partir del quinto ejercicio si la junta no hubiera tomado la decisión de distribuir al menos un 25 por ciento de los beneficios que fueran objeto de reparto.

En este sentido, Fernando Vives Ruiz plantea lo siguiente: *“deben considerarse beneficios legalmente repartibles aquellos que resulten después de cubrir las atenciones legales y estatutarias y los límites exigidos por la integridad del capital social en los términos anteriormente mencionados.”*⁷ Por tanto, primero será necesario cubrir todas estas cuestiones antes de comenzar con el reparto de dividendos. De la cantidad restante, habrá que analizar si se cumplen todos los requisitos para ver qué parte de los beneficios son distribuibles.

⁷ VIVES RUIZ, F., Las cuentas anuales y la aplicación del resultado: Fundamentos de derecho empresarial (Tomo II) Cuarta edición: Navarra, 2020, p. 268

Requisitos reparto de dividendos de la LSC

Es el artículo 275 de la LSC el que contempla el derecho de reparto del beneficio acordado por la junta a los socios. En el caso que nos ataña nos centramos únicamente en las sociedades limitadas. En el precepto se establece para las mismas, salvo disposición en contrario de los estatutos de la sociedad, que el reparto de los dividendos a los socios se llevará a cabo de manera proporcional a su porcentaje de participación en el capital social de la sociedad.

Sin embargo, en un principio, puede parecer que se cumplen los requisitos para iniciar la distribución de dividendos entre los socios de la Sociedad, puesto que hay un resultado positivo del ejercicio anterior, se han compensado las pérdidas de los ejercicios anteriores (130 millones de euros), se tiene cubierta la reserva patrimonial y no consta que se encuentre ante un desequilibrio patrimonial.

No obstante, existe un requisito fundamental para proceder al reparto de dividendos. Es necesario que el Patrimonio Neto (PN) supere al Capital Social en el momento previo a la distribución de dividendos. En este caso, el capital social asciende a una cifra de 50 millones de euros, cifra que es superada por el PN por lo que en un principio sí sería posible repartir dividendos.

Es en el artículo 273 de la LSC donde se contempla este control del balance con anterioridad al reparto de dividendos: *“Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.”*

Una vez expuestos los requisitos para el reparto de dividendos debemos analizar el balance que se propone de la Sociedad y concretar si verdaderamente se cumplen los requisitos. Observamos que las cuentas del balance no dan un total de 90 millones de euros entre el Pasivo y el PN sino 60 millones de euros.

Por otra parte, los préstamos participativos de otras sociedades del Grupo se contabilizarán en el pasivo o en el PN según se den unas circunstancias u otras. Así, a efectos de reparto de dividendos, los préstamos participativos únicamente se contabilizarán en el PN si concurrieran causas de reducción de capital o liquidación.

En este caso, como no se dan causas para que la sociedad incurra en reducción de capital o liquidación, no podrán considerarse como PN a efectos de reparto de dividendos. De este modo, el PN quedaría por debajo del capital social y por tanto impediría el reparto de dividendos ya que dejaría de cumplirse el requisito principal.

A pesar de no ser posible el reparto de dividendos, los préstamos participativos en la Sociedad cuentan con un papel primordial, pues de no ser por ellos nos encontraríamos en una situación obligatoria de disolución ya que el PN se encontraría por debajo de la mitad del capital social (artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica).

Conclusión reparto de dividendos

En definitiva, desde una perspectiva societaria, el análisis del PN de una sociedad limitada es esencial para evaluar las posibilidades de reparto de dividendos. Aunque los socios tienen el derecho de participar en las ganancias como recompensa por su inversión, no existe una obligación legal para distribuir dividendos al final de cada ejercicio. La autonomía de las sociedades permite tomar decisiones sobre la gestión de beneficios, incluso suspendiendo el reparto en determinados ejercicios. Sin embargo, se destaca la necesidad de un control efectivo, ya que la junta general, podría enfrentar riesgos de abuso de mayorías. Para prevenir este riesgo, la ley contempla el derecho de separación de socios.

El criterio de Fernando Vives Ruiz destaca que los beneficios legalmente repartibles deben considerar las atenciones legales y estatutarias, así como los límites del capital social. Aunque se cumplen ciertos requisitos para distribuir dividendos, nos encontramos con un requisito fundamental: el PN debe superar al Capital Social de manera previa al reparto, y en este caso, dicha condición no se cumple puesto que no pueden considerarse los préstamos participativos como PN, impidiendo el reparto de dividendos. Finalmente, como se ha comentado, el artículo 273 de la LSC establece un control del balance antes del reparto de los dividendos, asegurando que el valor del PN no sea inferior al capital

social, y cualquier beneficio imputado directamente al PN no puede distribuirse si hay pérdidas de ejercicios anteriores que reduzcan dicho valor.

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

Executive summary Nombramiento

En esta cuestión analizaremos el riesgo que supone la voluntad de Don Omar como socio con una participación del 25 % del capital social de proponer el nombramiento de Don Lewis García como miembro del Consejo de Administración de la Sociedad. Se enumerarán las acciones que podrá interponer según las circunstancias que se den y se concluirá que Don Omar sí puede convocar una junta general para proponer el nombramiento debido a su porcentaje.

Régimen nombramiento de consejeros

En primer lugar, se valorará las competencias con las que cuenta este socio dentro de la sociedad y si entre las cuales se incluye la potestad de incluir en el orden del día el nombramiento de un nuevo consejero. Además, se procederá a estudiar en profundidad las acciones de responsabilidad que pudiera interponer Don Omar contra el Consejo de Administración por una supuesta infracción el deber de lealtad, así como las consecuencias de una posible impugnación de un posible acuerdo negativo de la junta de socios.

En cuanto al número de socios permitidos en el Consejo de Administración para las sociedades de responsabilidad limitada, se permiten entre un mínimo de tres y un máximo de doce administradores, por lo que en principio sí tiene cabida en el caso planteado la propuesta de nombramiento de un administrador que sumaría, en caso de que saliera adelante, un total de seis administradores.

Lo que no deja lugar a dudas es quién es competente para nombrar a los administradores. En este sentido, tanto la LSC como el Reglamento del Registro Mercantil (RRM) reiteran esta idea.

En primer lugar, el artículo 160 b.) de la LSC incluye como competencia de la junta lo siguiente: *“El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos”*. En suma, el artículo 215 de la LSC dice que: *“El nombramiento de los administradores corresponde a la Junta General”*; mientras que el artículo 191 del RRM establece competencia también a la Junta General para nombrar administradores: *“Los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por acuerdo de la Junta General con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional.”*

Una vez determinado que es la Junta General quien es competente para llevar a cabo los acuerdos en relación con el nombramiento de socios debemos atender a los derechos políticos de los socios para comprobar si Don Omar tiene la potestad de proponer a Don Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración.

Existe la posibilidad que los socios con determinado porcentaje de capital social soliciten la convocatoria de una Junta General. Según el artículo 168 de la LSC los administradores estarán obligados a convocar una junta general cuando se lo requieran uno o varios socios que sumen al menos un 5% del capital social. En este caso, solamente Don Omar ostenta un 25% del capital social con lo que estaría legitimado para solicitar la convocatoria de la junta general expresando los puntos a tratar la solicitud y los administradores estarían obligados a convocarla en un plazo de dos meses desde que se les requiera de forma notarial. En la solicitud, por tanto, Don Omar deberá manifestar su voluntad de proponer a Don Lewis García como nuevo administrador de la sociedad para unirse a los otros cinco administradores y sea incluido por los administradores en el orden del día de la junta general.

El hecho de que se incluya la posibilidad de nombramiento de Don Lewis García como administrador de la sociedad no significa necesariamente que vaya a ser nombrado, sino que debe ser sometido a votación de la junta general. La LSC distingue entre votaciones de asuntos de menor importancia y asuntos importantes para cada cual habrá unos

quórum y sistema de votación diferentes. Al no estar este asunto incluido en las materias que necesitan de una mayoría reforzada (50% o 66%), bastará con una mayoría simple, es decir, más votos a favor que en contra, necesitando como mínimo un 33% del capital social incluido entre los votos a favor para que se pueda adoptar el acuerdo, sin perjuicio de que los estatutos hayan reforzado las mayorías para la adopción de este tipo de acuerdos sociales. Debemos destacar que el nombramiento de un nuevo administrador exige una votación aparte al resto de asuntos recogidos en el orden del día: *“En todo caso, aunque figuren en el mismo punto del orden del día, deberán votarse de forma separada: a) el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador”* (artículo 197.2 de la LSC).

En este caso y sin conocer el número de socios con los que cuenta la sociedad limitada, podemos intuir que no es tan improbable que Don Omar consiga que se llegue a un acuerdo social pues solamente necesita mayoría simple y solo su participación ya alcanza un 25% del total del capital social. A pesar del riesgo alto de se alcance la mayoría simple, en caso de resultado negativo al nombramiento, no es posible interponer acciones contra los administradores por este motivo siempre y cuando la votación haya sido legal.

Por lo tanto, Don Omar sí tiene derecho a convocar una junta general debido a su porcentaje de participación en el capital social de la sociedad en ejercicio de sus derechos políticos, es decir, que las amenazas del socio conflictivo deben ser tomadas en consideración puesto que los administradores pueden incurrir en responsabilidad en caso de no seguir el procedimiento que solicita Don Omar, que puede, como señalamos a continuación, interponer acciones de responsabilidad contra ellos.

Acciones legales Don Omar

En el final de este apartado se van a valorar las acciones que podría interponer Don Omar en caso de que se deniegue su solicitud de convocar junta general o se adopte un acuerdo contrario a los intereses de Don Omar.

Es importante diferenciar ahora entre la interposición de acciones sociales contra los administradores por no haber convocado la junta general que solicita el socio con participación mayor al 5% del capital social y la impugnación de un acuerdo social adoptado válidamente por mayoría que requiere una fundamentación específica que comentaremos más adelante del informe.

En cuanto a la primera de las acciones debemos hacer referencia a la subjetividad de la responsabilidad de los administradores, en la LSC se establece que los administradores serán responsables frente a los socios *“del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”* (artículo 236 de la LSC). Es por esto por lo que, deberíamos considerar la supuesta no convocatoria de la junta general por parte de los administradores tras una solicitud por parte de Don Omar como una omisión contraria a la ley que incumple los deberes inherentes al desempeño de las obligaciones del cargo de administrador y por tanto objeto de responder frente a los socios.

Es importante destacar en este punto que la supuesta responsabilidad de los administradores por haber omitido la convocatoria de la junta general sería solidaria (artículo 237 de la LSC) entre los cinco administradores, salvo que quedara demostrado que alguno no hubiera intervenido en dicha omisión, hubiera tratado convocarla o desconocieran la existencia de dicha omisión.

En los artículos siguientes a los mencionados se expresan las posibilidades de interposición de acciones con las que cuenta Don Omar en caso de que se produjera la omisión de convocar la junta general. La que más podría preocupar en caso de que se fueran sucediendo toda esta serie de hechos ya mencionados sería la acción social de responsabilidad. Según los artículos 238 y 239 de la LSC la acción social se interpondrá por los socios de la Sociedad previo acuerdo de la junta general. Sin previo acuerdo de por medio, también estarían legitimados para interponerla los mismos socios legitimados para solicitar la convocatoria de la junta general, es decir, aquellos que cuenten con un porcentaje de participación superior al 5% del capital social.

En este caso, Don Omar también está legitimado para interponer la acción social de responsabilidad contra los administradores, tanto por acuerdo social adoptado en la junta general como por su propia voluntad, por contar un 25% del capital social de la Sociedad. Se debe tener en cuenta que la prescripción para interponer acción social contra los administradores es de cuatro años *“desde el día siguiente en que hubiera podido ejercitarse”* (artículo 241 bis de la LSC).

Es por ello que recomendamos a los administradores cumplir con su obligación en caso de que se produzca una solicitud de este tipo por parte de Don Omar, porque es altamente

probable que ejercite acciones contra ellos en caso de no hacerlo y, por tanto, incurrir en responsabilidad solidaria.

Impugnación acuerdo social

Por otra parte, en caso de acuerdo contrario a la voluntad de Don Omar, es decir que por mayoría simple se acordara la denegación del nombramiento de Don Lewis García, la única opción de Don Omar sería impugnar el acuerdo social referida en el artículo 204 de la LSC. En él se establece que únicamente podrá fundamentarse la impugnación en (i) acuerdos contrarios a la ley, (ii) a los estatutos o (iii) los contrarios al interés social.

La ambigüedad del concepto de interés social nos lleva a realizar una interpretación profesional siguiendo la doctrina y jurisprudencia que, independientemente de si se ha hecho un daño patrimonial a la Sociedad o no, implica hacer una valoración de si (i) el acuerdo se ha impuesto de forma abusiva a la mayoría, (ii) verdaderamente no responde a una necesidad de la Sociedad, o (iii) se ha adoptado en interés de un solo socio.

En este sentido, consideramos que ante una posible impugnación de un acuerdo social de la junta general que no aprobara el nombramiento de un nuevo administrador, la Sociedad contaría con muchos más mecanismos de defensa en tanto en cuanto el difícilmente demostrable que ese acuerdo fuera contrario al interés de la Sociedad.

De la misma manera, pero en sentido contrario, cabe decir que los administradores tendrían fundamentos para impugnar un ficticio acuerdo a favor del nombramiento de Don Lewis García en caso de que la votación resultara favorable por mayoría simple por la mínima. En este caso, sería defendible y argumentable que el acuerdo social por el que se autoriza el nombramiento de Don Lewis García se ha adoptado en interés y beneficio de un solo socio.

3. Del derecho de información: 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?

Executive summary derecho de información

A modo de conclusión de este bloque del informe, se va a proceder a un análisis del derecho de información como uno de los derechos políticos que gozan los socios y como también goza Don Omar como socio de la Sociedad. Se verán en detalle los límites de este derecho, los riesgos en los que incurre la Sociedad en caso de no obedecer a las peticiones frecuentes que realiza Don Omar y se explicarán los motivos por los que consideramos que la solicitud recurrente de información sin fundamentación por parte de Don Omar es abusiva y por tanto podría denegarse la información.

Regulación del derecho de información

En primer lugar, y para poner en contexto este derecho, debemos atender de nuevo a la LSC, que regula el derecho de información para los socios de sociedades limitadas. Es en el artículo 93 d.) de la LSC donde se recoge el derecho de información como uno de los derechos inherentes al socio por el mero hecho de serlo. Después, se tendrán en cuenta los límites del mismo, que variarán en función del porcentaje de participaciones que tenga cada socio del capital social de la Sociedad.

Por tanto, nos encontramos ante un derecho individual de cada socio, que es un derecho mínimo, autónomo e irrenunciable. El objetivo de este derecho es que el socio ejerza determinado control sobre el funcionamiento de la sociedad. El ejercicio del derecho de información encuentra su primer límite en el interés social de la Sociedad. En ningún caso Don Omar podría solicitar información que fuera contraria al interés social de la Sociedad. No parece en este caso que solicitar información sobre las ventas de discos lanzados recientemente pueda ser contrario al interés social, siempre y cuando no se utilice esa información en contra de la Sociedad.

Otro de los límites de este derecho es que los socios solamente tienen la posibilidad de solicitar información relativa a puntos que se encuentren dentro del orden del día de la junta general. Sin embargo, según varias sentencias del TS⁸, la conexión entre la información solicitada por el socio y el punto concreto del orden del día respecto del que se solicita la información debe ser flexible pues sin esta flexibilidad el derecho de información se emplearía como condicionante del derecho de voto.

El derecho de información nace en cuanto se lanza la convocatoria de la junta general. Es desde ese momento desde el que pueden ejercitar el derecho solicitando la información que consideren oportuna hasta la celebración de la junta general. Contrariamente a las sociedades anónimas, que se les exige un plazo temporal de solicitar información hasta siete días antes de la celebración de la junta general, las sociedades limitadas no están sometidas a ningún tipo de plazo temporal para ejercitar este derecho, más que el comprendido entre la convocatoria y la celebración de la junta general. Otra de las diferencias que se hayan entre las formalidades de este derecho entre las sociedades anónimas y limitadas es el modo de otorgar la información al socio que la solicita. El artículo 196.2 de la LSC es más laxo para las sociedades limitadas y 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”*.

Siendo el precepto más flexible en el tiempo y forma de la solicitud del derecho de información de las sociedades limitadas, también lo es para proporcionar esa información al socio que la requiere, esto es, no se concede un plazo de siete días como en las sociedades anónimas para preparar un escrito recabando la información, sino que se responde en el mismo momento que se solicita. Tampoco se especifica nada en torno a la forma de la respuesta por lo que se entiende que podrá ser en tanto en forma oral como verbalmente. Esto tiene su fundamento en que las sociedades anónimas pueden tener un mayor grado de complejidad.

Es necesario hacer mención a la protección especial que tienen aquellos socios respecto de este derecho de información que gozan de un porcentaje igual o superior al 25% del capital social. En este sentido, la ley prohíbe a los administradores denegar informes o

⁸ STS núm. 531/2013 de 19 de septiembre, STS núm. 204/2011 de 21 de marzo, STS núm. 377/2012 de 13 de junio.

documentos relativos a la información solicitada a los socios que cuenten con el 25% del capital social.

Por tanto, en un principio, los administradores no podrían negarse a proporcionar la información que solicitara Don Omar siempre que la información solicitada guardase una mínima conexión con alguno de los puntos del orden del día de la junta general por tener el porcentaje suficiente para gozar de esta garantía.

Uso abusivo derecho de información

Sin embargo, se nos ha facilitado cierta información que indica que las peticiones de información de Don Omar son muy recurrentes y que en muchas ocasiones tienen por objeto obstaculizar el normal desarrollo del Consejo de Administración. Esta situación podría derivar en un ejercicio abusivo del derecho de información por parte de Don Omar. El TS⁹ ha establecido en numerosas ocasiones que no se podrá ejercer el derecho de información de manera abusiva y que por ello se exige a los socios que actúen con buena fe y deber de diligencia.

No será fácil distinguir y diferenciar aquel ejercicio del derecho de información que resulta abusivo pues es meramente interpretable. Sin embargo, sí pueden existir determinadas notas que nos sirvan como indiciarias de que la solicitud del socio sea contraria a la buena fe.

De este modo, si se consigue demostrar de forma fehaciente que se ha utilizado este derecho de información por parte de Don Omar con el fin de obstaculizar el buen funcionamiento y desarrollo del Consejo de Administración, esto es, un perjuicio para la Sociedad, no quedarán dudas de que esta conducta es susceptible de provocar la denegación de la información requerida. El hecho de que sea una práctica frecuente puede ayudar a la Sociedad en términos de defensa puesto que un uso reiterado y sin buena fundamentación puede considerarse abusivo y contrario a la buena fe.

Conclusión derecho de información

En definitiva, no se exige ni tiempo ni forma de respuesta a la información solicitada, a diferencia de las sociedades anónimas. Sin embargo, se entiende que se puede responder o facilitar la información en el mismo momento que se requiera o en la celebración de la

⁹ STS núm. 406/2015 de 15 de julio

junta. Por otra parte, las peticiones reiteradas y sin fundamento de Don Omar solicitando información de la Sociedad puede entenderse como abusiva por ser contrario a la buena fe, lo que llevaría a los administradores a poder denegar la información que solicita y estar completamente legitimados para ello.

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

1. **Fusión y liquidación:** 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.

Executive summary alternativas de fusión y proceso de liquidación

Comenzando este último bloque del informe, se realizará un análisis jurídico sobre la filial de la Sociedad, Summer Sound S.L.U., (en adelante, **la Filial** o **Summer Sound**) y Summer Sound Barcelona S.L.U., (en adelante, **la Subfilial** o **Summer Sound Barcelona**) identificando la posición de cada una de estas entidades en el mercado, así como las posibilidades de, primero desvincular a la Filial de la Subfilial para después, si fuera necesario, liquidar la Filial debido a sus resultados negativos. Se destacará como solución recomendada la fusión impropia inversa, con la que la Sociedad conseguiría el objetivo propuesto de controlar directamente al 100% a Summer Sound Barcelona S.L.U.

1.1. Alternativas para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad.

En primer lugar, se van a valorar las opciones para que Summer Sound Barcelona deje de estar controlada al 100% por Summer Sound y pase a estar controlada directamente al 100% por la Sociedad.

Antes de valorar las alternativas y la mejor solución para lo que la Sociedad desea hacer, debemos tener en cuenta que Summer Sound Barcelona, está participada al 100% por Summer Sound, S.L.U., que a su vez está íntegramente participada por la Sociedad. En resumen, Summer Sound Barcelona está íntegra y directamente participada por Summer Sound e indirectamente por la Sociedad.

Una vez expuesto con claridad el esquema de la operación que involucra a la Sociedad, su Filial y su Subfilial, analizamos las posibilidades de fusión que son factibles y la concretaremos la solución que consideramos la más adecuada.

En primer lugar, para valorar las alternativas de fusión debemos acudir a la Ley de Modificaciones Estructurales (LME). En suma, hacemos especial referencia al artículo 53 del reciente Real Decreto 5/2023, de 28 de junio, donde se permite la fusión por absorción impropia de una forma particular. La literalidad del precepto, que es prácticamente idéntico al del artículo 49.1 de la LME, dice:

“Cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los siguientes requisitos:

1.º 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.º Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión.

3.º El aumento de capital de la sociedad absorbente.

4.º La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas”

Como se ha podido observar, la Sociedad, que en esta alternativa actuaría como la absorbente, es titular directamente al 100% de Summer Sound e indirectamente titular al

100% de Summer Sound Barcelona. Este artículo contempla un régimen de fusión más flexible que agilizaría la operación al no tener que cumplir los cuatro requisitos.




Sin embargo, el 49.2 de la LME establece que cuando exista una titularidad indirecta de la sociedad absorbente respecto de la sociedad absorbida, como es el caso, el informe de expertos sí es requerido. Por tanto, para llevar a cabo la operación se exige a las sociedades de realizar aumento de capital, aprobación de la fusión por ambas sociedades y las menciones relativas al tipo de canje, pero en cambio, sí se verán obligadas a solicitar informes de expertos a los que se refiere el artículo 34 de la LME sobre el proyecto de fusión. En la siguiente tabla se expone de forma más visual el esquema de la esta primera alternativa reflejando tanto el esqueleto inicial como la estructura final deseada del Grupo al final de la operación de esta primera alternativa.

Estructura inicial	Estructura deseada
<p data-bbox="288 913 746 949">La Sociedad (Sociedad absorbente)</p> <p data-bbox="464 965 632 1066">↓ 100%</p> <p data-bbox="288 1081 746 1117">SUMMER SOUND (no interviene)</p> <p data-bbox="464 1133 632 1234">↓ 100%</p> <p data-bbox="280 1249 754 1335">SUMMER SOUND BARCELONA, S.L.U (Sociedad absorbida)</p>	<p data-bbox="895 969 1302 1055">SOCIEDAD ABSORBENTE + SOCIEDAD ABSORBIDA</p> <p data-bbox="1050 1077 1217 1178">↓ 100%</p> <p data-bbox="967 1193 1225 1279">SUMMER SOUND (no interviene)</p>

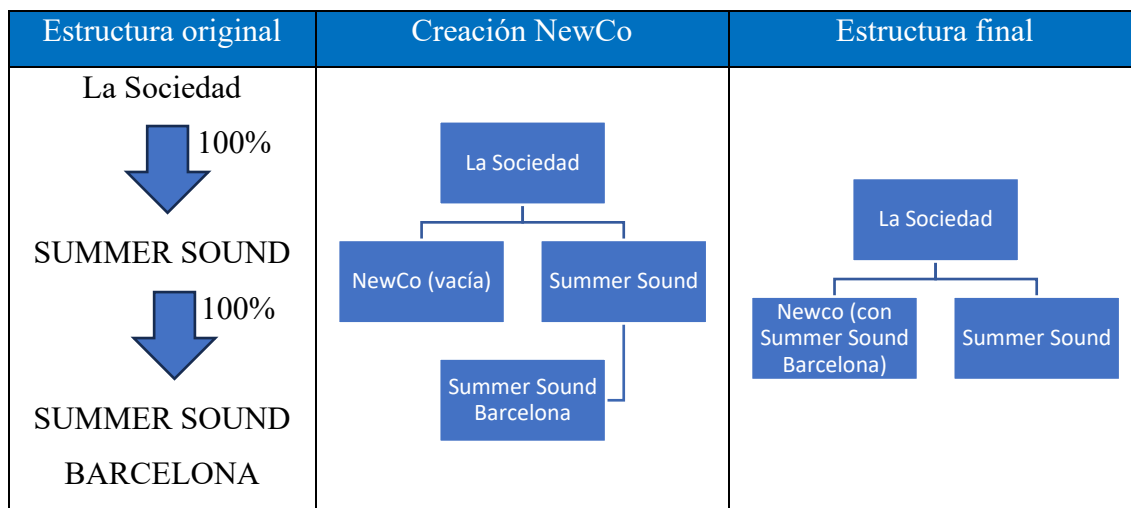
El resultado de esta fusión conllevaría la desvinculación de la Subfilial de la Filial, integrándose todos los activos y el patrimonio de Summer Sound Barcelona en la Sociedad. La desventaja principal de optar por esta alternativa es que la marca Summer Sound Barcelona, a pesar de dejar de estar controlada al 100% por Summer Sound, perdería su marca que presentaba tantos buenos resultados, altas ventas y una cifra de negocio elevada.

La segunda alternativa y la solución que proponemos para que Summer Sound Barcelona deje de estar controlada al 100% por Summer Sound y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad es mediante una fusión impropia inversa. De este modo, la Subfilial como sociedad absorbente se fusiona con la Filial como sociedad absorbida, quedando Summer

Sound Barcelona controlada al 100% de forma directa por la Sociedad y haciendo desaparecer a Summer Sound. En la siguiente tabla se muestra una comparativa de la estructura del Grupo inicial versus la estructura final tras producirse la fusión impropia inversa.

Estructura inicial	Estructura deseada
<p style="text-align: center;">La Sociedad</p> <p style="text-align: center;">100%</p> <p style="text-align: center;"></p> <p style="text-align: center;">SUMMER SOUND (Sociedad absorbida)</p> <p style="text-align: center;"></p> <p style="text-align: center;">100%</p> <p style="text-align: center;">SUMMER SOUND BARCELONA (Sociedad absorbente)</p>	<p style="text-align: center;">La Sociedad</p> <p style="text-align: center;"></p> <p style="text-align: center;">100%</p> <p style="text-align: center;">SOCIEDAD ABSORBENTE + SOCIEDAD ABSORBIDA</p>

Otra posible alternativa podría ser una fusión por NewCo o segregación (artículo 71 LME). De esta forma, se crearía una nueva sociedad que sería filial (controlada al 100%) de la Sociedad a la que se traspasarían todos los activos de Summer Sound Barcelona en bloque por sucesión universal. De este modo, Summer Sound perdería el 100% del control de su filial, que pasaría a estar integrada en la nueva compañía que es controlada al 100% por la Sociedad. Dentro de esta alternativa es posible segregar una parte del patrimonio que constituya una unidad económica, permitiendo así que no se extinga la sociedad que segrega, en este caso Summer Sound Barcelona. A continuación, se muestra una tabla explicativa de esta modalidad de operación:



Una modalidad muy similar a la segregación es la escisión. Se trata de aquella operación por la que se extingue una sociedad al haber dividido su patrimonio en más de una parte, transmitiéndose cada parte a otra sociedad mediante sucesión universal. Los dos requisitos fundamentales de la escisión total que contempla el artículo 68 y siguientes de la LME son que no se necesita un acuerdo específico ni seguir el proceso de liquidación y que los socios mantendrán su participación en la sociedad beneficiaria ya sea de nueva creación o preexistente. Por otra parte, cabe la posibilidad de una escisión parcial donde no se transmiten todas las partes en la que se ha dividido el patrimonio de la sociedad escindida, sino que se mantienen algunas.

Por último, cabría la posibilidad de realizar una compraventa directa de participaciones. En este caso la Sociedad adquiriría la totalidad de las participaciones de Summer Sound Barcelona. El régimen de transmisión de participaciones es algo más cerrado que el de acciones.

La ley exige que toda transmisión conste en documento público, por lo que deberá cumplirse este requisito formal. Por tanto, será libre aquella transmisión voluntaria de participaciones de Summer Sound Barcelona a la Sociedad por el mero hecho de ser parte del mismo grupo empresarial y queda exenta del régimen supletorio restrictivo que contempla la ley para el resto de los casos. Para llevar a cabo la compraventa de participaciones se requerirá una negociación de los términos y una valoración de las participaciones que podrá realizarse por medio de un experto independiente.

En resumen, consideramos que la solución más conveniente para que se cumpla la voluntad de la Sociedad de controlar al 100% Summer Sound Barcelona es mediante la

la fusión impropia inversa, donde la Subfilial absorbe a la Filial obteniendo así el resultado que la Sociedad pretende, esto es, que la Subfilial se desvincule de Summer Sound y pase a estar controlada directamente por la Sociedad.

1.2. Proceso de disolución y liquidación

Una vez explicadas las alternativas para que Summer Sound deje de controlar a Summer Sound Barcelona, conviene explicar los pasos a seguir para liquidar Summer Sound, ya que es uno de los focos principales de pérdidas del Grupo.

Conviene aclarar que el proceso de disolución y liquidación de la Filial solamente se llevará a cabo si se opta por una alternativa que no implique la desaparición de la misma, es decir, que, si finalmente se lleva a cabo la alternativa propuesta de realizar una fusión inversa que lleva consigo la desaparición de Summer Sound, no habrá que disolverla ni liquidarla porque ya ha desaparecido con la fusión.

Para llevar a cabo la liquidación de la Filial, es requisito previo indispensable que ésta sea disuelta. La disolución de una sociedad únicamente significa que la actividad queda paralizada, pero jurídicamente sigue existiendo. Para iniciar la disolución de Summer Sound es necesario acudir a alguna de las causas que establece la ley o los estatutos previa constatación de la Junta General. Es más, la disolución es un deber, aunque evitable, de las sociedades mercantiles ante la concurrencia de alguna de estas causas.

En lo que nos atiene, la causa que concurre en Summer Sound es la enumerada en el artículo 363.1 e.), cuya causa de disolución es: *“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.”*¹⁰

Sin perjuicio de todo lo expuesto, los estatutos pueden prever otras causas de disolución dejando el listado como un *numerus apertus* siempre que se preserve el interés social. Además, el artículo 367 de la LSC exige que se dé publicidad a la apertura del proceso de disolución de una sociedad en el Registro Mercantil.

El efecto principal de la disolución es que Summer sound entra inmediatamente en fase de liquidación, suspendiéndose toda actividad que genere beneficios y sustituyendo a los

¹⁰ A falta de datos concretos sobre las pérdidas de Summer Sound, suponemos que concurre esta causa al completo.

administradores, que perderán su poder de representación de la sociedad, por liquidadores, que se subrogarán en todas las funciones y el resto de los atributos contemplados en la LSC para los administradores. En cambio, se mantiene la personalidad jurídica al completo de la sociedad, que continúa con su actividad paralizada.

Asumiendo que Summer Sound no tiene créditos ni deudas pendientes, en la fase de liquidación se repartirán el restante del patrimonio entre los socios. Los liquidadores se encargarán de liquidar los activos tras realizar inventario y balance en los tres meses posteriores a la disolución. Llevarán a cabo la contabilidad y mantendrán en todo momento informados a los socios ya acreedores, publicando de forma periódica sobre el estado del proceso. Finalmente elaborarán un balance final de liquidación que deberá ser aprobado por la Junta General y sometido a un informe completo de todas las operaciones llevadas a cabo durante la liquidación. A continuación, se procederá al reparto de restante del patrimonio entre los socios, debiendo otorgar escritura de la extinción de Summer Sound e inscribir en el Registro Mercantil. Siguiendo todo este procedimiento, Summer Sound quedaría correctamente disuelta, liquidada y extinguida.

Cabe concretar que los liquidadores, en virtud del artículo 397 de la LSC podrán ser responsables frente a socios y acreedores en caso de haber causado algún perjuicio a la Filial durante el proceso de liquidación.

2. Sobre la adquisición de acciones: 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.

En el contexto de sociedades cotizadas es necesario conocer en profundidad el concepto de Oferta de Adquisición Pública (OPA) y las situaciones en las que la legislación española requiere su obligatoriedad. Una OPA es una operación en la que determinadas sociedades o particulares ofertan un precio para la compra de acciones a los accionistas de una sociedad cotizada.

Para responder a los diferentes escenarios planteados, será necesario acudir al Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

En él se contempla la obligatoriedad de realizar OPAS cuando se ejerza control sobre la sociedad cotizada. Para saber cuándo se ejerce control sobre una sociedad cotizada, debemos atender al artículo 4 del Real Decreto que establece lo siguiente: *“A los efectos del presente real decreto se entenderá que una persona física o jurídica tiene, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, una participación de control de una sociedad cuando se dé uno de los siguientes supuestos: a) Cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100”*.

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

- i. adquirir un 29,99% de las acciones de Biza;

En el caso de que la Sociedad quisiera adquirir el 29,99% de las acciones de Biza, en un principio podría parecer que no se alcanza el límite de 30% establecido por el artículo mencionado en el párrafo anterior para realizar una OPA obligatoria.

Sin embargo, debemos tener en cuenta la participación de Don Raúl, que como consejero delegado de la Sociedad ostenta un 6% del capital de Biza. El artículo 5 del Real Decreto

1066/2007 establece que será necesario computar los derechos de voto de los miembros del consejo de la administración a la hora de comprobar si realmente existe control sobre la sociedad cotizada. Por tanto, si sumamos ambos porcentajes (35,99%), se superaría el límite del 30%, lo que implicaría llevar a cabo una OPA obligatoria.

- 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;

En este segundo escenario, se plantea la posibilidad de adquirir únicamente un 12% de la sociedad cotizada mientras se adquiere simultáneamente un pacto parasocial de voto con Doña Natalia Antillano cuya participación de Biza es del 28%. De nuevo, atenderemos a los artículos mencionados del Real Decreto 1066/2007 para comprobar si deben computarse ambos porcentajes de manera conjunta y las consecuencias que tiene esa suma.

El artículo 5.1 apartado b.) del Real Decreto 1066/2007 se establece que se atribuirá a una misma persona los porcentajes de voto de *“las personas que actúen en nombre propio pero por cuenta o de forma concertada con ella. Se entenderá que existe dicho concierto cuando dos o más personas colaboren en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada. Se presumirá que existe concierto cuando las personas hubieran alcanzado un pacto”*.

Para que dicho pacto sea válido, deberá ser comunicado a la CMNV e inscrito en el Registro Mercantil. Suponiendo que el pacto es válido porque entendemos que cumple los requisitos, podemos afirmar que Biza y Doña Natalia están actuando de forma concertada y que, por ello, deben computarse los votos de forma conjunta.

En definitiva, al igual que en el primer escenario, al sumar ambos porcentajes (40% en total) se superaría el límite del 30% que estipula la norma a partir del cual se considera que se está ejerciendo control. Por tanto, de nuevo se llevará a cabo una OPA obligatoria.

- 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.

Por último, se plantea un tercer escenario, donde se pretende adquirir el 100% de la sociedad cotizada, evidentemente será necesario llevar a cabo una OPA obligatoria pues involucra el 100% de las acciones de Biza. No obstante, el artículo 9 del Real Decreto 1066/2007 dice que: *“Las ofertas públicas de adquisición a que se refiere este Capítulo deberán efectuarse con un precio o contraprestación no inferior al más elevado que el oferente o personas que actúen concertadamente con él hubieran pagado o acordado por los mismos valores durante los 12 meses previos al anuncio de la oferta”* por lo que será necesario al menos igualar el precio que se ha estado pagando o acordándose durante el último año.

De la posible concentración

Respecto de la preocupación de la Sociedad en relación con una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza debemos acudir a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). En concreto, el artículo 8 de la LDC establece que para que haya concentración se deben haber incrementado en un mismo mercado las ventas en un 30% o *“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”*

A falta de datos sobre el incremento de ventas tras la adquisición de Biza y de cifras exactas, no podemos analizar si se dan los requisitos para que se dé la posible concentración tras la adquisición.

Sin embargo, debemos tener en cuenta a efectos de este punto el artículo 26 del RD 1066/2007 que establece lo siguiente: *“Cuando la oferta pública de adquisición pueda implicar la existencia de una operación de concentración económica, ya sea de dimensión europea, española u otra, será de aplicación la correspondiente normativa en materia de defensa de la competencia. Deberá acreditarse ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la correspondiente notificación a las autoridades de defensa de la competencia que sean competentes en caso de ser necesaria. El oferente podrá optar por condicionar su oferta a la obtención de la correspondiente autorización o no oposición de las autoridades de defensa de la competencia”*. Es decir que la obligatoriedad de

autorización de competencia es obligatoria, ésta puede regularse como una condición suspensiva a la OPA.

Por último, a estos efectos, cabe mencionar el artículo 9 de la LDC que requiere la obligatoriedad de comunicación a la CNMC *“en el plazo de cinco días desde que se presenta la solicitud de la autorización de la oferta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores”*.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

STS núm. 204/2011 de 21 de marzo

STS núm. 377/2012 de 13 de junio

STS núm. 531/2013 de 19 de septiembre

STS núm. 3088/2014 de 22 de abril

STS núm. 406/2015 de 15 de julio

STS de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2414)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 14/2020 de 24 de enero

STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2002 (JUR 2002, 187662)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de julio de 2016 — Future Enterprises/EUIPO — McDonald’s International Property (MACCOFFEE) (Asunto T-518/13).

Manuales

RAMO HERRANDO, M.^a J., *Altos directivos y desistimiento empresarial*. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017,

VIVES RUIZ. F., “Las cuentas anuales y la aplicación del resultado”, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ J.,(coord.) *Fundamentos de derecho empresarial*, Tomo II, Cuarta edición: Navarra, 2020, p. 243-276.