

# **Trabajo Fin de Máster Derecho de Empresa**

**TRABAJO REALIZADO POR:**

**DAVID PARAMIO CORREGES**

**TRABAJO DIRIGIDO POR:**

**MAX THIERFELDER GRIFOLL**



**Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE.**

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía.

Curso 2022/2023.

## ÍNDICE

***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. ....5***

*1. La Sociedad no declaró a la AEAT en su debido momento más de un millón de euros en ingresos derivados de conciertos virtuales a través de la plataforma TikTok, obtenidos a lo largo del 2020 durante los meses de pandemia. Al Grupo le preocupa la posibilidad de que la AEAT inicie una investigación en relación con este asunto. Valore la idoneidad de una regularización vs. ignorar el asunto, así como todos los posibles costes relacionados con ambas opciones. ....5*

*2. La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), la cual se concedió el 20 de octubre del 2022, y se publicó el 10 de diciembre de ese mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Sin embargo, la cantante Dña. Rosario García-Despechá ha interpuesto una acción ante los tribunales correspondientes alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes motivos: (i) su derecho es anterior en el tiempo al registro de la marca “MOTOPAPI” y, pese a no estar registrado en la OEMP, se considera marca de renombre debido a su conocimiento por cerca del 40% de los consumidores del mercado, (ii) su marca y logo podrían confundirse fácilmente con la de la Sociedad por su similitud fonética y aspecto visual (apenas dos letras de diferencia) y (iii) Dña. Rosario ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España). Valore la viabilidad de las reclamaciones de Dña Rosario y si la Sociedad tendría cauces sólidos de defensa.....9*

*3. La Sociedad tiene intención de despedir a D. Patricio Quevedo, Director General en la Sociedad en las Islas Canarias por la pérdida de cuota de mercado en esta región. Este directivo está vinculado a la Sociedad por un contrato de alta dirección que dispone que, en caso de despido, deberá ser indemnizado con 900.000 euros. Al Grupo le gustaría conocer las implicaciones de ese despido, y en particular si debe respetar esa indemnización, o por el contrario podría aplicar la indemnización por despido objetivo / improcedente, según aplique, que prevé el Estatuto de los Trabajadores, sin duda más barato, ya que D. Patricio lleva solo dos años y ocho meses trabajando para la Sociedad.....12*

*4. Valore, en relación con las tres contingencias anteriores, cuáles serían los mecanismos contractuales de protección más efectivos para incluir en el contrato de compraventa de participaciones que está negociando el Grupo con los vendedores de la Sociedad.....16*

**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: .....18**

1. En la próxima junta general de socios de la Sociedad, se quiere aprobar la distribución como dividendo del mayor porcentaje posible de los beneficios obtenidos en el ejercicio societario finalizado el 31 de diciembre de 2022, pero siempre condicionado a la estabilidad financiera de la Sociedad, desde un punto de vista legal. Teniendo en cuenta la siguiente estructura financiera, proponga los pasos a seguir para repartir la mayor cantidad posible de dividendos cumpliendo los requisitos legales. Se asume que la Sociedad cuenta con caja suficiente para el pago de los dividendos.....19

2. Uno de los socios minoritarios de la Sociedad, especialmente conflictivo y enfrentado a la dirección de la Sociedad en los últimos meses, Don Omar, con una participación del 25% del capital social, ha utilizado sus derechos políticos para complementa 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. ....23

3. Además, Don Omar ha solicitado al Consejo de Administración información muy detallada sobre las ventas de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023. Los miembros del Consejo de Administración consideran que esta información podría serle denegada al no ser relevante para que ejerza sus derechos, teniendo en cuenta que Don Omar realiza este tipo de peticiones de forma frecuente con el objetivo de obstaculizar el trabajo del consejo con tareas irrelevantes y monótonas. ¿Podrían denegarle la información solicitada a Don Omar o, en caso contrario, cuáles serían los plazos y forma para aportar tal información?.....29

**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: .....31**

1. Se ha identificado a una de las filiales de la Sociedad, Summer Sound, S.L.U., cuyo objeto social es la organización de festivales, como uno de los focos principales de pérdidas, puesto que los resultados de esta línea de negocio no dan el fruto esperado desde hace varios años. Sin embargo,

*una de las subfiliales controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U., la sociedad Summer Sound Barcelona, S.L.U. sí que presenta resultados positivos y unas altas cifras de ventas. La Sociedad nos pregunta para que le prestemos asesoramiento sobre (i) las distintas alternativas para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad y (ii) pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.....31*

*2. Como paso clave en el proceso de expansión, la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (Biza), sociedad que cotiza desde hace años en el Ibex-35. Todo ello siguiendo las recomendaciones de D. Raúl (actual consejero delegado de la Sociedad), el cual tiene un 6% del capital social Biza directamente como inversión personal. Siendo Biza una cotizada, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de cualquier norma imperativa en relación con la adquisición. Para ello le plantean diferentes escenarios, pero querrían conocer su opinión al respecto: (i) adquirir un 29,99% de las acciones de Biza; (ii) adquirir simplemente un 12% de Biza pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza; (iii) adquirir el 100% de las acciones de Biza para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza. Además, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza, solicitando igualmente su asesoramiento en este sentido.....38*

**Parte 4: Bibliografía. ....44**

**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.

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

Antes de comenzar a dar un análisis sobre cuál de las opciones es la más beneficiosa para PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (en adelante la “Sociedad”), es necesario determinar que el plazo de prescripción de los ingresos no declarados es de 4 años, a tenor de lo dispuesto en el art. 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante “LGT”). En este sentido, sabemos que los ingresos no declarados por la Sociedad provienen de los meses de pandemia, la cuál, tuvo lugar en el año 2020, lo que originaría en aplicación del ya citado art 66 LGT que el plazo de prescripción no haya sido satisfecho, estando en plazo para ser sancionado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante “AEAT”).

Si atendemos a la naturaleza de este tipo de ingresos, es necesario mencionar la obligación de la Sociedad de declarar tanto el Impuesto sobre Sociedades (en adelante “IS”), el Impuesto de Valor Añadido (en adelante “IVA”), así como el Impuesto de Actividad Económica (en adelante “IAE”).

En primer lugar, en cuánto al IS, este se encuentra regulado en la Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades <sup>1</sup>(en adelante “LIS”), así como por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, (en adelante “RIS”).

Por ello, a través del IS se van a gravar la totalidad de las rentas que hayan sido generadas por la Sociedad, conforme a lo dispuesto en el art. 4.1 LIS, durante el ejercicio económico de la entidad (artículos 27.1 y 27.3 LIS), incluyendo las rentas generadas a través de la plataforma Tiktok en el período de pandemia, ya que esta sociedad no constituye ninguno de los supuestos exentos reconocidos

---

<sup>1</sup>Debemos entender este impuesto como un impuesto de naturaleza directa, personal, periódica, proporcional, y de carácter objetivo.

en el art. 9.1 LIS, debiendo haber presentado el modelo 200 o el modelo 202 relativo a los pagos fraccionados para declarar los ingresos generados.

En segundo lugar, en cuanto al IVA, se trata de un impuesto armonizado, cuya regulación se encuentra en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto de Valor Añadido (en adelante “LIVA”), así como en el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Valor Añadido.

Se trata de un impuesto indirecto, real, instantáneo, proporcional, objetivo, cuya repercusión es obligatoria y su finalidad es gravar el consumo de bienes y servicios (art.1 LIVA). Asimismo, los ingresos provenientes de los conciertos virtuales a través de la plataforma Tiktok deben ser considerados como una prestación de servicios conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 LIVA, debiéndose tributar por ello.

Los beneficios de Tiktok se trata de un bien gravado, es decir, aquel sujeto a una tarifa del IVA, con el fin de que sea declarado el impuesto. En cuanto a la tarifa aplicable a este tipo de ingresos, se aplicará una tarifa del 21%, tal y como recoge expresamente la página oficial de Tiktok<sup>2</sup>

En tercer lugar, en cuanto al IAE, este viene regulado por el Real Decreto Legislativo 2/2004<sup>3</sup>, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. En concreto, el IAE se encuentra regulado en los arts. 78 a 91.

El IAE<sup>4</sup> consiste en el impuesto que somete a gravamen el desarrollo de una actividad empresarial, profesional o artística que tiene lugar a nivel nacional, como ocurre en el desarrollo de conciertos digitales ofertados en Tiktok, no siendo necesario el desarrollo de esta actividad mediante un local determinado, es decir, que se puede generar esta actividad artística con o sin local.

---

<sup>2</sup> *EU & UK: Value Added Tax (VAT) | TikTok Ads Manager.* (s. f.). <https://ads.tiktok.com/help/article/eu-uk-vat?lang=es>

<sup>3</sup> *BOE-A-2004-4214 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.* (n.d.). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4214>

<sup>4</sup> *Agencia Tributaria: ¿Qué es el IAE?* (n.d.). <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/declaraciones-informativas-otros-impuestos-tasas/impuesto-sobre-actividades-economicas/que-iae.html>

Mediante este impuesto se van a estipular una serie de tarifas destinadas a clasificar la actividad económica ejercida por la Sociedad que ha sido desarrollada en España. Se trata de un impuesto en favor del ayuntamiento de la localidad dónde reside fiscalmente la Sociedad, quién a través de su actividad va a abonar una serie de impuestos en favor de la Administración Pública.

Suponiendo que la Sociedad ha sido constituida hace más de dos años se ve en la obligación de abonar el IAE con motivo de la superación de los ingresos por valor de 1 millón de euros en ingresos netos durante el penúltimo año al cobro del impuesto, no estando exento de abonar este impuesto. En caso de que la Sociedad hubiese sido constituida dentro de los dos años anteriores a la generación de los ingresos en la plataforma Tiktok, sí estaría exenta de abonar el presente impuesto.

A través de los epígrafes del IAE las empresas y profesionales se van a diferenciar una de las otras atendiendo al tipo de actividad que desarrolla, debiendo la Sociedad darse de alta en Hacienda mediante el modelo 036, al tratarse de una sociedad limitada. En este caso, atendiendo a la actividad de realización de conciertos en la plataforma de Tiktok, la Sociedad deberá estar incluida en la categoría CNAE 6209, relativo a otros servicios relacionados con las tecnologías de la información y la informática.

En virtud de todo ello, la Sociedad debe estar dado de alta en el IAE y hacer frente a sus obligaciones económicas.

La LGT ha sido clara y contundente en cuánto a los ingresos no declarados se refiere, interponiendo sanciones monetarias de diversa índole dependiendo de la infracción tributaria. Asimismo, el art. 191 LGT determina las distintas categorías de infracciones tributarias existentes son leve, grave y muy grave. En virtud de lo dispuesto en el citado precepto y, en concreto, en su apartado 3, la infracción cometida por la Sociedad por los ingresos no declarados por valor de más de un millón de euros constituye una infracción de carácter grave, puesto que como es evidente se da el factor de la ocultación y los ingresos superan el límite de los 3.000 euros fijados en el art. 191 LGT. En consecuencia, la sanción por no declarar estos ingresos será una sanción de naturaleza económica cuya cuantía va a oscilar entre un 50% y un 100% de la cantidad pendiente de declaración.

Una vez analizado tanto la naturaleza de los distintos ingresos pendientes de declarar como las consecuencias originadas por la NO declaración, la Sociedad debe contemplar dos alternativas:

En primer lugar, se debe contemplar la posibilidad de regularización de los ingresos obtenidos por la Sociedad mediante una declaración complementaria de carácter extemporal al momento que debían haber sido declarados los ingresos, siempre y cuando, dicha declaración se produzca antes de que la AEAT requiera a la Sociedad por los ingresos no declarados, es decir, que tenga lugar sin requerimiento

previo de la AEAT. A través de esta declaración podría corregir los distintos errores inducidos en la declaración tanto del IS, IVA o IAE.

Conforme a lo dispuesto en el art. 27 LGT, la principal consecuencia sería la aplicación de un recargo del 15% al haber transcurrido más de 12 meses desde el momento en que se debía haber declarado el ingreso. Cabe señalar que, la presentación de esta declaración por voluntad propia y sin requerimiento previo, traerá como beneficio la exoneración del pago de la sanción que pudieran ser exigidas por la AEAT así como la exoneración del pago de los intereses de demora por el tiempo transcurrido desde el día siguiente a la finalización de esos 12 meses hasta que se presente la declaración, conforme al mismo precepto.

En segundo lugar, cabe la posibilidad de ignorar el asunto. Como ya se ha mencionado, la declaración de estos ingresos prescribirá a los cuatro años, debiendo transcurrir la totalidad de este tiempo sin que se produzca ningún acto que pueda interrumpir dicho plazo, como por ejemplo si Hacienda iniciase un procedimiento sancionador.

Desde mi punto de vista, esta sería una conducta negligente ya que traería como consecuencia la aplicación por parte de la Hacienda de una multa de carácter económico, la aplicación de recargo, intereses de demora e incluso se podría iniciar un procedimiento penal contra la Sociedad. En este sentido, se debe traer a colación que la sociedad está cometiendo un delito fiscal por su omisión de declaración de ingresos, vulnerando la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante “CP”), en lo dispuesto en sus artículos 305 y ss.

Por todo ello, mi asesoramiento a la Sociedad sería la primera opción, aconsejando que presente una declaración complementaria por los ingresos no declarados durante los meses de pandemia y obtenidos a través de la plataforma de Tiktok.



2. **La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la oficina española de marcas y patentes (OEMP), la cual se concedió el 20 de octubre del 2022, y se publicó el 10 de diciembre de ese mismo año en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Sin embargo, la cantante Dña. Rosario García-Despechá ha interpuesto una acción ante los tribunales correspondientes alegando que la marca “MOTOPAPI” vulnera un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, todo ello con base en los siguientes motivos: (i) su derecho es anterior en el tiempo al registro de la marca “MOTOPAPI” y, pese a no estar registrado en la OEMP, se considera marca de renombre debido a su conocimiento por cerca del 40% de los consumidores del mercado, (ii) su marca y logo podrían confundirse fácilmente con la de la Sociedad por su similitud fonética y aspecto visual (apenas dos letras de diferencia) y (iii) Dña. Rosario ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España). Valore la viabilidad de las reclamaciones de Dña Rosario y si la Sociedad tendría cauces sólidos de defensa.**

La Ley de 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante “LM”), y en concreto, en su art. 2.1, establece que *“El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley”*. A tenor de lo dispuesto en el citado precepto, podríamos llegar a considerar que la Sociedad ostentaría el derecho de propiedad sobre la marca ‘Motopapi’, ya que fue quién registró válidamente la marca. Por ello, y en virtud del sistema marcario español, el derecho de propiedad lo va a ostentar aquella persona que haya registrado válidamente la marca y/o el nombre comercial atendiendo al principio de especialidad.

A su vez, la LM en su Capítulo III, relativo a las prohibiciones absolutas, y en concreto, en su art. 6 alude a las denominadas marcas anteriores. En este sentido, conforme dispone el apartado primero del art. 6.2.D LM cabe mencionar la prohibición de registro de las marcas no registradas que en la fecha de presentación de solicitud sea una marca anterior “notoriamente conocida” en nuestro país, a tenor de lo dispuesto en el art. 6 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883 (en adelante “Convenio de París”). Dicha prohibición viene protegida por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio del 15 de abril de 1994<sup>5</sup>, en su art. 16.2, aclarando que se considerará una marca notoria aquella marca que sea conocida por una gran parte del sector del público a que se haya destinado.

Actualmente, y tras la reforma operada por el Real Decreto 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas (en adelante “RD 23/2018”), ha desaparecido la

---

<sup>5</sup> El Acuerdo sobre los ADPIC y los instrumentos internacionales a los que hace referencia. (1994). ART. 16. *WTO OMC*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/1\\_tripsandconventions\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf)

distinción existente entre marca notoria y marca renombrada que existía con anterioridad a este Real Decreto, señalando para ambas categorías la denominación de marca renombrada. El RD 23/2018, atendiendo a la jurisprudencia<sup>6</sup> existente, ha determinado que ambos conceptos son de naturaleza similar, resaltando la conexión entre ambos conceptos. De esta manera, para estipular una marca como renombrada, esta ha de ser conocida por una parte muy extendida del público a la que se destina, como así ha definido D. José Antonio Moreno Campos, Director General de Andema<sup>7</sup>.

A pesar de la reforma introducida por el RD 23/2018, el art. 6.2.d LM sigue haciendo alusión al término “notoriamente conocida”, para aquella marca no registrada con anterioridad. Por todo ello, podemos concluir que se conocerá como marca notoria a aquella marca que es reconocida por una gran parte del público a la que este destinada este producto y/o servicio, a pesar de no haber sido registrado previamente en España, y que goza de la protección de lo dispuesto en el art. 6 bis del Convenio de París.

Concluyendo respecto al concepto de qué se debe entender por marca notoria, y cuando se debe prohibir su inscripción en el registro atendiendo a la prohibición dispuesta en el art. 6.1 b LM, será de aplicación dicha prohibición de registro cuando concurren de manera simultánea los presentes requisitos:

1. Ambas marcas, y en concreto, sus signos sean idénticos o semejantes.
2. Los productos y/o servicios ofertados sean idénticos o semejantes.
3. Exista un riesgo de confusión, incluyendo el riesgo de asociación entre el público que se destina la marca

En primer lugar, en cuánto a la viabilidad de las acciones de Dña. Rosario, sabemos que la acción legal promovida se ha iniciado en base al conocimiento de su marca ‘Motopapi’ por casi 40% de los consumidores del mercado. Además, la marca de Dña. Rosario podría confundirse con la marca de la Sociedad debido a las similitudes existentes así como Dña. Rosario ha invertido grandes cuantías en concepto de publicidad para dar a conocer dicha marca.

En virtud de estos antecedentes, es evidente que la marca ‘Motopapi’ de Dña. Rosario goza de elementos suficientes para ser considerada como una marca notoria no registrada, puesto que dicha marca cumple con la totalidad de exigencias marcadas por la ley, además de ser conocida por es una

---

<sup>6</sup> Entre ellas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”), de fecha 22 de noviembre de 2007, asunto C-328/06.

<sup>7</sup> Asociación para la defensa de Marca. (2019). *ADEMA*.

gran parte del público al cuál se destinó, es decir, la marca ‘Motopapi’ es conocida por casi un 40% de su público. Por todo ello, se cumple con los tres requisitos recogidos en el art. 6.1.b LM.

Dña. Rosario, amparándose en el ‘ius prohibendi’ reconocido por la LM, puede impedir a través de las acciones legales interpuestas que la Sociedad pueda utilizar la marca ‘Motopapi’, ya que el registro y posterior utilización por parte de la Sociedad de la marca ‘Motopapi’ puede inducir a error al público al que se destina. Además, la doctrina y jurisprudencia<sup>8</sup> ha reconocido que la marca notoria debe gozar de una mayor protección que las denominadas marcas ordinarias. Por un lado, se ha protegido y evitado cualesquiera de los riesgos de confusión que pudiera darse. Por otro lado, se ha protegido a los titulares de las marcas, evitando que un tercero se pudiese beneficiar del buen hacer de su titular ‘notorio’, todo ello en virtud del grado de conocimiento del público destinado.

En virtud de la presente explicación, las acciones legales de Dña. Rosario son conducentes a prosperar con un alto grado de éxito, en base a la prohibición de registro de cualquier marca que pudiera generar confusión con una marca que sea notoriamente conocida en España<sup>9</sup>, art. 6.2.d LM, así como en ejercicio de su derecho de defensa reconocido en el art. 34.5 LM. Pudiendo ampararse, incluso, a la Ley de Competencia Desleal, en su artículo 12, alegando el beneficio de la Sociedad en la explotación de la marca ‘Motopapi’, viéndose beneficiada de manera ilegítima de las acciones promovidas por Dña. Rosario en cuanto a la marca ‘Motopapi’ se refiere.

En segundo lugar, en cuanto a los cauces de defensa de la Sociedad, debe ampararse en lo dispuesto en los art. 19 y 20 LM.

Por un lado, debe fundamentar su defensa alegando que las acciones promovidas por Dña. Rosario tuvieron lugar una vez se registró y publicó en el BOE la marca ‘Motopapi’, contraviniendo lo dispuesto en el art. 19 LM, el cuál, señala que la oposición al registro debe tener lugar una vez se publique la solicitud de la marca, y no cuando se publique el registro de esta, es decir, las acciones de Dña. Rosario no tuvieron lugar en el momento legal exigido para ello.

Por otro lado, debe ampararse en el art. 20 LM, alegando que la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante “la Oficina”) autorizó y publicó el registro de la marca ‘Motopapi’, sin que le hubiese notificado defecto o concurrencia de prohibición alguna para proceder al registro de su marca, a tenor de las prohibiciones reconocidas en los art. 5 y 9.1.b LM, ratificando que cumplió con las exigencias

---

<sup>8</sup> Como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2011, Recurso 1559/2011, que trajo consigo la protección de las marcas notorias, a raíz del conflicto entre el Cortes Inglés e Inglecor en relación con la inscripción de la marca y su similitud fonética y gráfica.

<sup>9</sup> A pesar de no haber sido registrada previamente en España.

estipuladas en la LM, sin que la Oficina notificase defecto o prohibición alguna, procediendo al registro de su marca en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial con fecha 10 de diciembre de 2022, expidiendo incluso el título de registro de su marca.

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

Ante la posibilidad de resolver el contrato que vincula a la Sociedad con D. Patricio Quevedo se deberían plantear dos alternativas o escenarios posibles:

En primer lugar, podemos destacar la posibilidad de que reconozca a D. Patricio la vinculación laboral con la Sociedad mediante una relación laboral ordinaria, independiente al contrato de Alto Directivo, desprendiéndonos cualesquiera de las premisas reguladas para este contrato.

La vinculación laboral ordinaria viene regulada el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante “ET”), mientras que la vinculación al cargo de Alto Directivo viene regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante “RD 1382/1985”)

Puede presuponer a priori una sorprendente solución, ya que como sabemos D. Patricio está vinculado a la Sociedad como Director General en las Islas Canarias, mediante un contrato de alta dirección. Pues bien, es reiterante la jurisprudencia<sup>10</sup> que ha reconocido los supuestos en los que el despido de un Director General, a priori vinculado mediante un contrato de alta dirección, se ha resuelto como si de un trabajador ordinario tratase.

Esta decisión se ampara en lo dispuesto en el art. 1 apartado 2º del RD 1382/ 1985, que determina lo siguiente: *“Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma,*

---

<sup>10</sup> Entre ellas, la resolución 788/2013, de 13 de noviembre de 2013, dictada por el TSJ de Madrid, Sala de lo Social. ECLI: ES:TSJM:2013:155530, que enjuicia el despido de un alto directivo por los cauces de un trabajador ordinario.

*con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad". Énfasis propio.*

Por este motivo, para que D. Patricio tenga la consideración de alto directivo debe ejercitar poderes relativos a los objetivos de la empresa, siempre y cuando, los ejerza de manera autónoma y con plena responsabilidad. Atendiendo a las directrices del cargo, es muy probable que D. Patricio, a pesar de ser Director General, se encuentre bajo las órdenes del vicepresidente, el cuál, se va a encontrar bajo las órdenes y direcciones del presidente de la Sociedad, y más si cabe cuando los resultados obtenidos durante los últimos resultados han sido grandes pérdidas económicas en las Islas Canarias.

Amparándonos en la más que probable situación que D. Patricio ha seguido las directrices y órdenes de su superior, basta con manifestar que los poderes ejercidos por D. Patricio no eran los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativo a los objetivos de la misma, sino que se limitaba a ejercitar los poderes de alguno del vicepresidente de la sociedad, el cuál, no ejerce los poderes del máximo órgano de la empresa, ya que esta distinción solamente la va a ostentar el presidente. Ante tales circunstancias, la Sociedad demostraría que a pesar de que existe un contrato que vincula a D. Patricio como alto directivo, este no ejercía las funciones inherentes a su cargo, lo que concluiría que estaríamos ante una readaptación del cargo que ocupa, y por consecuencia al sometimiento, al Estatuto de los Trabajadores.

Por todo ello, en base a la explicación detallada con anterioridad, podemos considerar la calificación de la relación laboral que vincula a ambas partes, como una relación de naturaleza ordinaria, siendo aplicable el ET. Ante la disminución de cuota de mercado en esta región, la Sociedad podría resolver el contrato por las causas y procedimiento previsto en el ET, y entre ellas, las reguladas en el art. 52 ET para el despido por causas objetivas, siempre y cuando, dichas causas sean justificadas. Dispone este precepto, que será justificada aquellas causas de despidos amparándose en lo dispuesto en el art. 51.1 ET para un número inferior de trabajadores. Por este motivo, justifica el art. 51. 1 ET el despido de trabajadores consecuencia de una disminución persistente en el nivel de ingresos o en la existencia de pérdidas actuales o futuras.

Sabemos que una de las causas de la posible resolución contractual es la pérdida de cuota de mercado en las Islas Canarias, siendo esta una de las causas aplicables a este tipo de despido por causas objetivas, en conexión a lo dispuesto en el art. 51.1 ET, aplicable al art. 52 ET.

En cuánto a las consecuencias e indemnizaciones para este despido, conforme a lo dispuesto en el art. 53 ET, cabría diferenciar entre si el despido objetivo es catalogado como despido procedente, cuya indemnización sería de 20 días por año trabajado por un máximo de 12 mensualidades. O por el

contrario, si el despido es catalogado como un despido improcedente, la decisión la tendría D. Patricio ya que puede optar por una indemnización cuya cuantía sería de 33 días de salario por año trabajado por un máximo de 24 mensualidades u optar por la readmisión sin derecho a recibir indemnización alguna. Si el despido fuese catalogado como nulo, solamente podría optarse por la reincorporación. En caso de desacuerdo entre partes, se entiende que se opta por el pago de la indemnización.

En segundo lugar, podríamos contemplar la vinculación laboral de D. Patricio con la Sociedad como un alto directivo, cuya regulación tanto del contrato de alta dirección como de su relación con la Sociedad, se encuentra regulado por el Real Decreto 1382/1985, y en concreto, el contrato de alta dirección se regula en su artículo 1º.

Cabe traer a colación el profundo análisis por parte de la jurisdicción social de la naturaleza del contrato de alta dirección, con motivo de las diferentes reclamaciones por despido de numerosos directivos que se encontraban vinculadas con la sociedad contratante mediante un contrato de alta dirección, discutiendo si la jurisdicción social tenía competencia para conocer de las pretensiones de aquellos que a pesar de tener un contrato de alta dirección formaban también parte del consejo de administración, para posteriormente ser cesados. Todo ello, tuvo como consecuencia el nacimiento de lo que hoy conocemos como “Teoría del Vínculo”, cuyo punto de partido fue la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 29 de septiembre de 1988, núm 6635/1988<sup>11</sup>, la cuál, determinó que: *«toda la actividad de los Consejeros, en cuanto administradores de la Sociedad, está excluida del ámbito de la legislación laboral (...) en función de un criterio no operacional ni económico, sino estrictamente jurídico»*. Énfasis propio.

A partir de la citada resolución la calificación de este tipo de relación ha sido exhaustiva en cuanto se determina que aquella persona vinculada mediante un contrato de alta dirección que ejerce funciones de dirección, ejecución, gestión y representación que corresponden al propio Consejo de Administración, están ejerciendo competencias como consejeros de la sociedad. De tal forma que puede suscitarse la duda de si el personal de alta dirección está sometido a una vinculación de naturaleza laboral, mercantil, o por ambas, siendo el Tribunal Supremo, Sentencia 739/2017, de 28 de septiembre de 2017<sup>12</sup>, quién ha determinado que en el supuesto de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración y de alta dirección, lo que determinará la relación como mercantil o laboral, no será las funciones que esa directivo esté realizando sino la naturaleza del vínculo. Tal es así, que el propio Tribunal Supremo ha sido claro en cuanto entiende que si se da esa simultaneidad, la relación no será laboral, sino que será de naturaleza mercantil.

---

<sup>11</sup> ECLI:ES:TS:1988:6635

<sup>12</sup> ECLI:ES:TS:2017:3660

Atendiendo a los datos dados en el enunciado del presente ejercicio, solamente sabemos el cargo que ocupa D. Patricio dentro del organigrama de la Sociedad y el tipo de contrato que le vincula con esta, sin saber si D. Patricio está ejerciendo funciones inherentes al Consejo de Administración o no, por lo que no sabemos si la relación será de naturaleza mercantil o laboral.

En cuanto a la resolución de la vinculación laboral, la sociedad si puede desistir del contrato de alta dirección de D. Patricio, teniendo dos posibilidades para romper la vinculación entre ambas partes:

Por un lado, la Sociedad puede desistir del contrato de D. Patricio aplicando lo regulado en el RD 1382/1985, siempre y cuando, se lo comunique con un plazo de preaviso de tres meses conforme a lo dispuesto en el art. 11 del citado RD, remisión expresa al art. 10.1 RD 1382/1985, salvo que ambas partes hubiesen pactado un preaviso de seis meses de manera escrita, que se desconoce, o si el contrato de alta duración de D. Patricio tuviese una duración superior a cinco años (no es el caso, puesto que D. Patricio tiene una antigüedad de dos años y ocho como Alto Directivo en la Sociedad).

Al tratarse de una extinción por desistimiento de contrato consecuencia directa de la voluntad del empresario, la Sociedad debe indemnizar a D. Patricio. Atendiendo tanto a lo dispuesto en el art. 11.1 RD 1382/1985 como a las cláusulas de su contrato, D. Patricio tiene derecho a una indemnización pactada por ambas partes por valor de 900.000 euros, no pudiendo indemnizarle con una cuantía diferente, y no siendo aplicable por esta razón la indemnización de 7 días de salario en metálico por año de servicio con un máximo de 6 mensualidades, tal y como señala el mismo art. 11.1 RD 1382/1985.

Por otro lado, la Sociedad puede acogerse al art. 12 RD 1382/1985, que dispone que la relación laboral del Alto Directivo puede extinguirse por las causas y procedimiento regulado en el ET, como ya ha sido detallado.

En este sentido, será aplicable lo dispuesto en la primera de las opciones relativa a la relación laboral ordinaria, es decir, con motivo de la disminución de las cuotas de mercado, la Sociedad puede despedir a D. Patricio al amparo de lo dispuesto en el despido de carácter objetivo.

En cuanto a la indemnización de este tipo de despidos, es aplicable lo ya señalado con el fin de evitar reiteraciones continuas.

Mi asesoramiento a la Sociedad sería analizar cuánto y durante cuánto tiempo ha disminuido las cuotas de mercado en esta región, así como el salario percibido por el ejercicio de su cargo, ya que es necesario que concurra justa causa para catalogar el despido objetivo como procedente. En caso contrario, si el despido es catalogado como improcedente será D. Patricio quien decida entre una eventual indemnización o reincorporación. Si acudimos a los cauces del despido objetivo puede ser beneficioso

para la Sociedad, siempre que concurra justa causa, ya que de lo contrario se podría generar un enfrentamiento si D. Patricio decide reincorporarse a su puesto de trabajo.

Una vez realizado todos los cálculos posibles en cuanto a indemnizaciones se refiere, bastaría con comparar que opción es la más beneficiosa para la Sociedad, si resolver el contrato y pagar la indemnización por despido (ya sea procedente o improcedente) o resolver el contrato a través de la indemnización pactada por el cargo de Alto Directivo. Si una vez analizadas todas estas circunstancias la cuantía a indemnizar a D. Patricio es inferior a 900.000 euros, sí sería aconsejable remitirnos al despido por causas objetivas.

**4. Valore, en relación con las tres contingencias anteriores, cuáles serían los mecanismos contractuales de protección más efectivos para incluir en el contrato de compraventa de participaciones que está negociando el Grupo con los vendedores de la Sociedad.**

Es frecuente que en este tipo de operaciones de compraventa se incluyan en el contrato de compraventa o SPA una serie de cláusulas destinadas a la protección y salvaguarda de la operación, cuya finalidad sea la protección de la operación de compraventa, sin que esta cause perjuicio alguno a la entidad compradora, es decir, a Latino Gang Inc (en adelante el “Grupo”).

Cuando hablamos de las contingencias en el proceso de compraventa, y en especial, las contingencias mencionadas en nuestro enunciado debemos mencionar tanto las Representations and Warranties como las specific indemnities, cuya inclusión es de carácter esencial a diferencia del resto de mecanismos protectores que se podrían incluir de manera anexa a esta compraventa. En virtud de todo ello:

En primer lugar, debemos manifestar al Grupo la inclusión de las garantías del vendedor o las denominadas ‘Representations and Warranties’ (en adelante “R&W”). Este tipo de mecanismo protector es característico de un SPA, y muy comunes en este tipo de procedimientos, a través de las R&W, el vendedor tiene la posibilidad de manifestar el objeto de la compraventa, asegurando o garantizando al comprador que el estado del objeto de la compraventa es tal y como ha manifestado el vendedor. En caso contrario, y que no se cumpla lo manifestado por el vendedor, el contrato de compraventa prevea la consecuencia a tal incumplimiento.

En efecto, gracias a la inclusión de las R&W, el vendedor está manifestando el estado de la cosa vendida, asegurando expresamente dicho estado, estableciendo, además, las consecuencias con motivo del incumplimiento de las garantías expresadas.

Sobre el contenido de las R&W, no existe una lista numerus clausus, sino que se puede incluir este tipo de mecanismo protector atendiendo a las posibles contingencias que pudieran existir/surgir con motivo



de la compraventa de la Sociedad. Atendiendo a los antecedentes del caso, se debería incluir unas determinadas R&W, que protegiesen al Grupo de la situación contable y financiera de la Sociedad.

Como es sabido, existen una serie irregularidades en la declaración de ingresos por parte de la Sociedad, la Hacienda Pública puede exigir a la sociedad el pago de determinadas cantidades debidas y no abonadas debido a la no declaración de los ingresos procedentes de la aplicación de Tiktok. Por ello, sería aconsejable la inclusión de esta garantía con el fin de que la Sociedad procediese declarar que ha cumplido con la normativa tributaria, y, declarando, por tanto, que está al corriente de cumplimiento de sus obligaciones fiscales y tributarias.

Además, se debería incluir una R&W relativa a la situación de la marca ‘Motopapi’. La sociedad se encuentra en conflicto con Doña. Rosario García-Despechá con motivo de la marca ‘Motopapi’, lo que supone que la inclusión de esta garantía protegería al Grupo de las consecuencias legales derivadas de las acciones legales que puede iniciar la cantante. Gracias a este tipo de garantía el vendedor puede garantizar al comprador que ha cumplido con la normativa de marcas, y en especial, que tiene la titularidad y el derecho de uso de la marca ‘Motopapi’, resarciendo la Sociedad al Grupo en caso de que con motivo de las acciones legales que ha iniciado Doña Rosario, los Tribunales la reconozcan como titular de la marca, habiendo hecho la Sociedad un uso ilegítimo de ‘Motopapi’.

Por último, se podría incluir una garantía en materia laboral, atendiendo a la particularidad situación de despido de D. Patricio Quevedo. La inclusión de esta garantía en virtud de la presente contingencia permitiría que la parte vendedora manifieste que está al corriente de pago de la totalidad de indemnizaciones por cese de sus trabajadores, evitando que sea el Grupo quién deba resolver el conflicto existente sobre la extinción de vinculación laboral de D. Patricio.

En segundo lugar, es necesario incluir las denominadas “specific indemnities”. A través de este instrumento el comprador va a ser indemnizado por las contingencias que pudiesen surgir antes de la firma del contrato, cuya finalidad sería satisfacer el riesgo del comprador en caso de que se materializasen las contingencias una vez se haya efectuado la operación. Ante la posibilidad de que el Grupo puede ser perjudicado por las distintas contingencias existentes, es probable que por motivo de estas el Grupo pueda sufrir una serie de daños y perjuicios. Por este motivo, y que las posibles contingencias previstas se tratan de riesgos que están fuera del alcance del Grupo, a través de la inclusión de specific indemnities, la Sociedad adquirirá el compromiso de que deberá responder ante el Grupo en el supuesto de que se materialicen las contingencias previstas en el enunciado.

En relación con las specific indemnities basta que el comprador pruebe tanto el daño como la relación de causalidad para que el vendedor deba satisfacer los daños y perjuicios ocasionados.

En cuanto a la aplicación de las specific indemnities a los supuestos previstos, la Sociedad debe manifestar la irregularidad tributaria relativa a la no declaración de los ingresos, el riesgo de pérdida de la titularidad de la marca Motopapi, así como la posible indemnización en caso de materializarse el despido de D. Patricio Quevedo. De tal forma que, si una vez efectuada la operación de compraventa han tenido lugar las contingencias señaladas, el Grupo podrá reclamar a la Sociedad la indemnización correspondiente en virtud de las consecuencias derivadas por la totalidad de contingencias.

En tercer lugar, podríamos incluir otro tipo de mecanismos protectores cuya importancia no es tan relevante como en el caso de las R&W o las specific indemnities. En este sentido, podríamos considerar oportuno incluir las denominadas cláusula de cambios adversos relevantes, o más conocida en el derecho anglosajón como cláusula MAC<sup>13</sup>. España destaca por un uso frecuente de este tipo de cláusulas en los contratos de compraventa de compañías pero, sin duda alguna, Reino Unido y EE. UU. capitanean el uso de este tipo de cláusulas.

Este tipo de cláusulas se caracteriza por la posibilidad que le ofrecería al Grupo de desvincularse de la operación de compraventa o de resolver el contrato de compraventa si durante el transcurso de tiempo que data desde la fecha de la firma del contrato, es decir, desde que se celebra este hasta el momento en el que se produce el cierre de la operación o ejecución de contrato se ha producido alguna circunstancia que genere una/s consecuencia/s negativas sobre el comprador, debido a que el transcurso de tiempo para la ejecución de esta operación suelen ser excesivamente largos.

Este tipo de cláusula permitiría al comprador que si las consecuencias derivadas de la no declaración de ingresos fuesen excesivas o si las consecuencias económicas/sociales derivadas de la pérdida de la marca ‘Motopapi’ por parte de las acciones legales iniciales por Doña Rosario, le permitiría al Grupo resolver el contrato de compraventa.

**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:

---

<sup>13</sup> Material Adverse Change.

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

El reparto de dividendos viene regulado en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el real decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en delante “TRLSC”, en su art. 273:

***“Artículo 273. Aplicación del resultado.***

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

*2. 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.*

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

Como se desprende del citado artículo, la distribución de los dividendos en la Sociedad queda condicionado a las disposiciones u obligaciones establecidas en la ley o en los propios estatutos de la sociedad, debiéndose de verificar una serie de presupuestos o requisitos antes de proceder a la distribución de los dividendos de la sociedad:

En primer lugar, conforme dispone el apartado 2º del art. 273 TRLSC, es necesario que el patrimonio neto de la Sociedad no resulte inferior al capital social de esta, con motivo del reparto de dividendos. Cabe señalar que, no es necesario que el patrimonio neto sea igual o superior al Capital Social en el momento de distribución de los dividendos, sino que dicho requisito puede ser cumplido posteriormente

a la distribución, es decir, puede tener lugar que antes de la distribución de los dividendos no se cumpla con lo dispuesto en el art. 273.2 TRLSC, y tras la distribución de dividendos si se cumpla con el mencionado requisito. Este requisito será analizado a continuación.

En segundo lugar, la sociedad debe haber compensado de manera anticipada las pérdidas de los ejercicios anteriores y no estar en desequilibrio económico, es decir, que el patrimonio neto de la sociedad sea menor al capital social. Este requisito también será analizado a continuación

En tercer lugar, las reservas disponibles deben ser iguales o superiores a los gastos de investigación y desarrollo de la Sociedad. En caso contrario, no se podrán distribuir beneficios. A falta de datos que permitan determinar si se cumple o no el presente requisito, entiendo esta parte que sí se da por cumplido.

En cuarto lugar, dispone el art. 274 TRLSC que: *“En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que este alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social”*. A tenor de lo estipulado en el citado precepto, debe dotarse a la Sociedad de una reserva legal cuya cifra debe suponer al menos el diez por ciento del beneficio del ejercicio hasta alcanzar el veinte por ciento del capital social. Si aplicamos lo dispuesto en el art. 274 TRLSC al balance de la Sociedad, la reserva legal alcanzaría un valor de diez millones de euros, cumpliendo lo exigido por la TRLSC.

Además, señala el texto la existencia de reservas de valorización, dichas reservas nacen de la revalorización de activos como consecuencia de la operación de actualización de balances. En este sentido, la Sociedad está obligada a contabilizar el aumento de sus activos a través de la contabilización de una reserva independiente, cuya utilización dependerá de si las disposiciones legales lo previeron de manera expresa. En este sentido, señala el ya citado art. 273 apartado 2º que en caso de existir pérdidas de ejercicios anteriores, el beneficio de la revalorización de los activos irá destinado a la compensación de las pérdidas cuando el patrimonio neto sea inferior a la cifra del capital social, por lo que estas reservas tienen carácter indisponible para el reparto de dividendos.

En cuanto a los préstamos participativos, debemos tener en cuenta que estos préstamos no se tratan de fondos propios de la Sociedad, no debiéndose computar para el reparto de dividendos. En este sentido, los préstamos participativos se computarán, única y exclusivamente, en el patrimonio neto de la Sociedad a efectos de reducir y liquidar el capital social, conforme regula el art. 20 del Real Decreto Ley, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

Por último, respecto a las otras aportaciones de los socios, dispone la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas<sup>14</sup>, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, en su art. 9, que las aportaciones de los socios no se computarán como ingresos, ni pasivo, siendo un valor del activo aportado, contabilizando como patrimonio neto de la sociedad, dentro de los fondos propios de la Sociedad.

Dispone la TRLSC, art. 275, que la distribución de dividendos en una sociedad de responsabilidad limitada, salvo que haya acuerdo expreso de contrario, la distribución de dividendos debe realizarse de manera proporcional a su participación en el capital social de la sociedad. Asimismo, dispone el art. 276 LSC, que será la Junta en el acuerdo de distribución quién determine el momento y forma de pago de los dividendos. En el caso de que no exista acuerdo entre los distintos participantes de la sociedad, el dividendo se abonará a partir del día siguiente en el domicilio social de la sociedad. Por último, dispone el art. 276 LSC apartado 3, que el plazo para abonar el dividendo será de doce meses a partir de la fecha de acuerdo de la junta de distribución del dividendo.

Aplicando lo regulado por la TRLSC para la distribución de dividendos al resultado económico presentado por la Sociedad, debemos determinar si el patrimonio neto de la Sociedad es o no inferior a la cifra del capital social, debiendo cumplirse el primero de los requisitos exigidos por el art. 273 apartado 2 TRLSC.

El patrimonio neto de la Sociedad se obtiene sumando el capital social, 50 millones, las reservas, 40 millones, los resultados del ejercicio, 5 millones, las pérdidas acumuladas en ejercicios anteriores, 130 millones, y las otras aportaciones de los socios, 20 millones. Asimismo, no se pueden tener en cuenta para el cálculo del patrimonio neto ni las reservas de revalorización, ni los préstamos participativos por las razones expuestas con anterioridad. En total, el cálculo del patrimonio neto de la Sociedad teniendo en cuenta los valores sería de -10 millones de euros, no pudiendo repartir dividendos al no cumplirse el primero de los requisitos exigidos.

En este sentido, si analizamos lo dispuesto en el art. 363 apartado “e” TRLC, podemos determinar que la Sociedad incurre en causa de disolución con motivo de aquellas pérdidas que hayan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior al capital social. En este sentido, dispone el mencionado

---

<sup>14</sup> BOE-A-2019-3422 Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital. (s. f.). [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3422](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3422)

precepto que la única salvedad tendría lugar si existiese alguna causa que aumente o reduzca en la medida suficiente el capital social, siempre y cuando, no sea procedente la declaración de concurso.

Ahora bien, el enunciado recoge que la Sociedad cuenta con préstamos participativos, y que la contabilización de estos en el patrimonio neto de una sociedad tendría lugar siempre a efectos de reducir el capital y liquidar el capital social, conforme regula el art. 20 del Real Decreto Ley, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Por este motivo, podríamos aplicar los 70 millones de los préstamos al patrimonio neto de la Sociedad (que era de -10 millones), dando este una suma total de 60 millones, no incurriendo ahora en causa de disolución, pudiendo entonces repartir hasta 10 millones de euros en concepto de dividendo.

Por tanto, la única manera de repartir dividendos en la Sociedad sería a través de una ampliación de capital por compensación de créditos, realizando acto seguido una reducción de capital con cargo a reservas.

Respecto de la ampliación de capital, dispone el art. 295.2 TRLSC que este puede realizarse con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio de la Sociedad, pudiendo tener en cuenta la aportación de créditos contra la Sociedad. A través de esta operación el patrimonio neto de la Sociedad pasaría de 50 millones a 120 millones. aumentado la reserva voluntaria de 10 a 80 millones. Una vez realizado este último paso, el balance económico de la Sociedad sería el siguiente:

- El patrimonio neto de la Sociedad será de 60 millones de euros (teniendo en consideración que se han descontado las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores).
- El capital social de la Sociedad será de 50 millones de euros.

Una vez realizado este procedimiento, y teniendo en cuenta el balance mencionado, la Sociedad podrá distribuir 10 millones de reserva voluntaria en concepto de dividendo con cargo a la reserva voluntaria, debiendo aplicar los 5 millones relativos a los beneficios del último año a paliar las pérdidas de los ejercicios anteriores, conforme regula el art. 273 TRLSC.

Posteriormente, la Sociedad deberá reducir su capital con cargo a reservas conforme dispone el art. 317 TRLSC. Podría generarnos la duda de si las presentes reservas son disponibles o no, pero la TRLSC, art. 332, dispone el carácter indisponible de la reserva en caso de exclusión de responsabilidad solidaria de los socios por reducción de capital, no manifestando nada respecto a la disponibilidad o no de las reservas de carácter voluntarias, entendiendo esta parte que sí pueden ser disponibles en todo caso.

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

En primer lugar, sobre el complemento de la convocatoria en la Sociedad, y al tratarse de una sociedad no cotizada, debemos conocer que no podemos atender a lo regulado en el art. 172 TRLSC, siendo este únicamente aplicable a las Sociedad Anónimas (en adelante “SA”).

La actuación de Don Omar, a pesar de ostentar el 25% de capital social, solamente sería posible en el caso de que la Sociedad fuese una SA, y no una SL, como es el caso. La solución para que Don Omar pudiera discutir sobre el nombramiento que pretende realizar, sería la solicitud de convocatoria de Junta General, conforme regula el art. 168 TRLSC para la solicitud de convocatoria de la minoría, ya que ostenta al menos un 25% del capital social, cumpliendo con las exigencias legales de que se debe ostentar al menos un 5% de la cifra del capital social. Dicha solicitud se debe realizar a través de un requerimiento notarial al Consejo de Administración de la Sociedad, ya que sería la única vía de incluir su cuestión en el orden del día. Cabe la posibilidad, de que el Consejo de Administración deseche la cuestión planteada por Don Omar, debiendo acudir a la vía judicial para solicitar una convocatoria judicial que satisfaga su voluntad.

En segundo lugar, sobre el nombramiento que pretende realizar Don Omar es necesario plantear dos escenarios posibles.

La primera opción, consistente en la modificación de la composición del Consejo, aumentando el número de miembros que componen este órgano de administración. En este sentido, los estatutos de la Sociedad han podido prever un número máximo y mínimo de consejeros, no siendo necesario una modificación estatutaria si el consejero que pretende nombrar D. Omar no supone aumentar el número de consejeros.

A tenor de los datos contemplados, desconocemos si los estatutos prevén un número máximo y mínimo de consejeros, no pudiendo saber a ‘priori’ si es necesaria o no la modificación estatutaria. Por este

motivo, presupone esta parte que si será necesaria la modificación estatutaria de la Sociedad para cumplir con la voluntad de D. Omar de nombrar a D. Lewis como consejero, detallando, a continuación, los pasos a seguir para satisfacer la voluntad de D. Omar.

Por ello, si la intención de Don Omar es modificar la composición del Consejo, y en concreto, aumentar el número de consejeros, debería solicitar una modificación estatutaria de los estatutos sociales de la Sociedad, regulado en el Capítulo I, Sección 1º, art. 285 y ss. de la LSC.

Señala el art. 285 LSC apartado 1º, que cualquier modificación estatutaria será competencia de la Junta General, y en concreto, el nombramiento de los administradores es competencia exclusiva de la Junta General, a tenor de lo dispuesto en el art. 160 LSC.

En cuanto a la mayoría requerida para adoptar estos acuerdos en el caso de una Sociedad Limitada, conforme dispone el art. 198 TRLSC, la mayoría de los acuerdos se adoptan por mayoría simple, salvo supuestos excepcionales como pudiera ser la aprobación de la modificación estatutaria prevista, que entonces se trataría de mayoría legal reforzada, conforme dispone el art. 199 LSC. Por ello, Don Omar necesitaría el apoyo de otro/s titular/es de participaciones sociales, ya que Don Omar simplemente ostenta el 25% del capital social de la Sociedad, es decir, requiere del apoyo de otro 25% del resto de titulares para poder aprobar la modificación estatutaria exigida.

La segunda opción posible, la cuál, surge con motivo de lo dispuesto en el enunciado, que señala lo siguiente: “el consejo de administración está compuesto por cinco administradores, Don Omar tiene una participación suficiente para exigir este nombramiento”. En este sentido, se debe plantear la posibilidad de que haya surgido una vacante en el consejo de administración, ya sea por fallecimiento, desistimiento o causa similar de alguno de los miembros del consejo.

En cuanto a lo relativo a ocupar una vacante existente en el consejo de administración. En el caso de que existiese vacante en el consejo de administración, la TRLSC prevé dos mecanismos para designar a un nuevo consejero. Por ello, la TRLSC regula tanto en el art. 244 TRLSC como en el art. 243 TRLSC el sistema de cooptación como el derecho de representación proporcional respectivamente.

En primer lugar, el sistema de cooptación regulada en el art. 244 TRLSC, es un régimen dispositivo que facilitará la ocupación de las vacantes producidas durante el tiempo en el que los consejeros fueron nombrados, permitiendo que el Consejo, y en concreto, sus consejeros puedan nombrar a los accionistas que ocupen la vacante existente, siempre y cuando, no se haya previsto ningún suplente, ya que sino serán este quién ocupe el cargo. En cuanto a la duración del cargo del administrador cooptado la ley, y en concreto, el art. 145.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el



Reglamento del Registro Mercantil ha previsto que el cargo sea prolongado hasta que se reúna la siguiente junta general.

Esta opción no debe ser contemplada ya que la cooptación solamente puede aplicarse en el supuesto de que la Sociedad fuese una Sociedad Anónima, no teniendo lugar el otro de los requisitos ya que D. Omar, no es miembro del Consejo de Administración, no pudiendo ejercer, en ningún caso, por sí mismo la cooptación al no ejercer el cargo de consejero.

En segundo lugar, sobre el derecho de representación proporcional que podría ostentar Don Omar, ya el art 243 TRLSC es tajante en cuanto determina que *“1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupan, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción”*.

Como podemos observar la regulación reconocida en la TRLSC alude exclusivamente a una Sociedad Anónima, no siendo a priori posible su aplicación para el supuesto contemplado, pero cabe traer a colación la resolución de 28 de marzo de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública<sup>15</sup>. La citada resolución aceptó y admitió la inscripción de una determinada cláusula estatutaria en una SL, que preveía el sistema de representación proporcional en esta. La Resolución dictada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tomó como referencia lo dispuesto en el art. 243 TRLSC para el sistema de representación proporcional en el caso de una SA. Sobre su toma de decisión, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública señala las siguientes conclusiones que han conducido a la inscripción de la citada cláusula:

- La Ley de 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante “LSRL”, por si fuere necesario), no supone la no aplicación del sistema de representación proporcional a la SL.
- El sistema de representación proporcional no es contrario al principio de igualdad de derechos relativos a las participaciones o contrario a las competencias atribuidas a la Junta.
- Sobre regulación de la SL esta debe prevalecer la protección a las minorías y estar dotada de gran flexibilidad.

---

<sup>15</sup> BOE-A-2022-6416 Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad. (s. f.). [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-6416](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-6416)

- Nada impide el ejercicio del derecho de sistema de representación proporcional en una SL, siempre y cuando, así lo prevean sus estatutos.

Tal ha sido la magnitud de la citada resolución que han sido numerosos los despachos que han procedido a comentar la misma, entre los que podemos destacar al despacho Cuatrecasas<sup>16</sup> o a la consultora Deloitte<sup>17</sup>, por lo que en aplicación de la citada resolución, Don Omar si estaría facultado en hacer uso, siempre y cuando, cumpla con las exigencias de la TRLSC, de su derecho de sistema de representación proporcional. Esta resolución trajo consigo un profundo debate doctrinal sobre la posibilidad que atribuía a los socios minoritarios el ejercicio del derecho de sistema de representación proporcional en una S.L.

Sobre el ejercicio del derecho de sistema de representación proporcional no ha sido solamente la Dirección General de Seguridad y Fe Pública la única en abordar esta cuestión, sino que el Tribunal Supremo, a través de la STS núm. 138/2009<sup>18</sup>, de 6 de marzo, reconoció el sistema de representación proporcional para una S.L., primando el principio de autonomía de la voluntad de las partes y la flexibilidad que rodea a las S.L., señalando que el sistema de representación proporcional no supuso una limitación a las competencias atribuidas a la junta general, conforme dispone el art. 160.b LSC.

Como ha sido detallado, tanto la Dirección General de Seguridad y Fe Pública y la jurisprudencia existente han reconocido la posibilidad de ejercitar el sistema de representación proporcional en una S.L., permitiendo agrupar las participaciones sociales para nombrar a los miembros del Consejo, o como reconoce la jurisprudencia existente<sup>19</sup>, que sea solamente uno de los socios quién a través de su porcentaje le permita ejercer este sistema para nombrar a alguno o algunos de los miembros del Consejo, siempre y cuando, así lo prevean los estatutos de la sociedad en cuestión, como ocurre en el caso de D. Omar.

---

<sup>16</sup> De Conocimiento E Innovación, A. |. Á. (2022, 19 abril). Representación proporcional en Consejo de Sociedad limitada. *Cuatrecasas*. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/mercantil/art/espana-representacion-proporcional-en-consejo-de-sociedad-limitada>

<sup>17</sup> *El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros en sociedades de responsabilidad limitada*. (s. f.). Deloitte Spain. <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/sistema-representacion-proporcional-nombramiento-consejeros-sociedades-responsabilidad-limitada.html>

<sup>18</sup> ECLI:ES:TS:2009:941

<sup>19</sup> Entre ellas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28a, de 25 de octubre de 2019 [JUR 2020/77641] quién resolvió el conflicto de la voluntad de único socio titular del 26,67% de ejercitar su derecho de representación proporcional.

Aplicando lo dispuesto tanto por la Dirección General de Seguridad y Fe Pública y la jurisprudencia a nuestro caso, no podemos defender con rotundidad la posibilidad de que D. Omar haga uso del sistema de representación proporcional, ya que el enunciado no aclara si los estatutos de la Sociedad prevén o no el sistema de representación proporcional en este caso.

Atendiendo a esta circunstancia pueden contemplarse dos posibilidades:

- (i) Que los estatutos de la Sociedad no prevean el sistema de representación proporcional.

Esta posibilidad traería consigo que atendiendo a lo dispuesto por la jurisprudencia y la Dirección General de Seguridad y Fe Pública, D. Omar no podría hacer uso del sistema de representación proporcional para el nombramiento del consejero, ya que se exige que este derecho sea previsto expresamente en los propios estatutos de la Sociedad.

- (ii) Que los estatutos de la Sociedad sí prevean el sistema de representación proporcional y sea regulado expresamente por los mismos.

En este caso, D. Omar sí estaría legitimado para hacer uso del sistema de representación proporcional, pudiendo proceder al ejercicio de su derecho para nombrar a D. Lewis como miembro del Consejo de Administración de la Sociedad.

En cuanto al mero ejercicio del derecho de representación proporcional, este dependerá de la división de la cifra del capital social de la Sociedad entre el número de consejeros existentes, es decir, si la cifra de capital social es 50 millones y el número de consejeros es 5, el resultado sería de 10 millones, por lo que si aplicásemos una simple regla de tres este resultado equivaldría un 20% del capital social. Sabemos que Don Omar ostenta un 25% del capital social, de tal forma que sí se encuentra en situación de poder ejercitar tal derecho.

Si Don Omar comunica a la Junta General de la Sociedad, con al menos 5 días antes de su celebración<sup>20</sup>, el ejercicio de su derecho de representación proporcional, siempre y cuando, exista una vacante en el consejo, la Sociedad y el Consejo de Administración debe respetar la decisión de Don Omar de nombrar a D. Lewis García como consejero de la Sociedad. En este sentido, el legislador ha sido estricto con lo regulado al derecho de representación proporcional, protegiendo al socio minoritario que haga uso de este derecho.

---

<sup>20</sup> Revista de Derecho de sociedades, autor D. Antonio Roncero Sánchez, artículo “la cobertura de vacantes en el consejo de administración, página 195.

En virtud de la presente explicación, el Consejo de la Sociedad puede plantear varios escenarios, siempre y cuando, los estatutos de la Sociedad hayan previsto y reconocido el sistema de representación proporcional:

1. Respetar el derecho de designación de consejero de Don Omar.

Este escenario traería consigo el nombramiento del administrador, el cuál, produciría efectos desde su aceptación, debiendo ser inscrito en el Registro Mercantil en el plazo de 10 días.

2. Si no respeta el derecho que ostenta Don Omar.

Por un lado, D. Omar va a poder acudir a los Tribunales Mercantiles en aras de que se le reconozca la impugnación del acuerdo social. Así lo ha manifestado el art. 204 TRLSC, determinando que serán impugnables todos los acuerdos contrarios a la Ley como consecuencia de una lesión del interés social. Además, se entenderá que lesiona el interés social cuando se hayan impuesto de forma abusiva por parte de la mayoría sin responder a una razón o causa fundada en favor de la sociedad, como ocurre en el presente caso y que así ha sido ratificado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023 [EDJ 2023/500890].

Por otro lado, puede surgir la situación de que la Sociedad pudiese reducir el número de consejeros con el fin de que no se produjese el nombramiento de D. Lewis, en cuyo caso dicha actuación no ha sido aceptada por la reciente jurisprudencia, debiéndose reconocer el derecho de D. Omar. Cabe destacar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28a, de 25 de octubre de 2019 [JUR 2020/77641], en el que se discutió sobre la reducción del número de consejeros con el fin de privar al accionista del ejercicio de derecho de representación, señalando que:

“Lo acaecido en la junta resulta, de manera palmaria, **una maniobra dirigida a privar al actor del ejercicio de su derecho**, pues supuso la ruptura de un estatus que estaba consolidado durante más de cuarenta y cinco años en lo que atañía al modo de operar en cuanto al número de miembros a designar para el consejo de administración.

(...) En primer lugar, se reprocha al demandante el estar sumido en una situación de enfrentamiento con el socio mayoritario, pero eso, lejos de ser una razón para justificar el modo de actuación de la mayoría, **lo que realza es el derecho del minoritario a tener un miembro en el seno del consejo que pudiera, de alguna forma, actuar como contrapeso y, sobre todo, controlar la actividad de ese órgano**. Por otro lado, el deficiente desempeño que en la

función de presidente del consejo se censura a D. Ezequias en años pretéritos (entre 2002 y 2005, época ésta, además un tanto remota con respecto al debate que aquí nos ocupa) no es impedimento para el ejercicio de sus derechos como socio y en consonancia con ello a designar a otro sujeto, un miembro de su familia, como cuarto consejero de la entidad. **Si antaño no fue diligente como administrador podría habersele exigido responsabilidad por ello, pero no, como consecuencia de eso, expropiarle de derechos que le asisten por su condición de socio.**” Énfasis propio.

En conclusión, si se diesen los requisitos para aceptar el nombramiento a través del sistema de representación proporcional, la Sociedad debería aceptar dicho nombramiento, ya que sino D. Omar podría iniciar acciones legales conducentes a un reconocimiento judicial de su derecho como consecuencia de un más que posible abuso de mayorías.

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

Esta pregunta ha sido objeto de desarrollo entendiendo que D. Omar ha solicitado que se le proporcione la información correspondiente durante la celebración de la Junta General.

En primer lugar, Don Omar ostenta una titularidad del 25% del capital social de la Sociedad, cuyas participaciones le otorgan la titularidad del derecho a recibir información proveniente de los órganos de administración de la Sociedad, derecho de información que viene expresamente reconocido en el art. 93 TRLSC. Más en concreto, al tratarse de una Sociedad Limitada, debemos también atender a lo regulado en la propia TRLSC, Capítulo VII, Sección 2º, en su art. 196. En concreto, Don Omar, solamente va a poder solicitar información sobre las cuestiones que se hayan reconocido en el orden del día de la convocatoria del Consejo, tal y como se desprende del apartado 1º del art. 196.

Conforme a lo detallado, y a tenor de lo dispuesto a su vez en el apartado 2º del art. 196 TRLSC, existen determinadas ocasiones dónde se recoge la posibilidad de denegar la información solicitada, con motivo de que la información solicitada, y por ende, la publicidad de la misma pueda perjudicar al interés de la sociedad.

La salvedad mencionada no puede ser aplicada a Don Omar, ya que conocemos que es titular del veinticinco por ciento del capital social, estando los administradores obligados a reportarle la información requerida, conforme dispone en apartado 3º del art. 196 TRLSC. Asimismo, sobre la forma en la que los administradores deben facilitar la información a Don Omar, esta debe ser documentada por escrito o de manera oral, dependiendo de la naturaleza de la información solicitada así como en el momento en el que se haya solicitado, tal y como señala el apartado 2º del citado precepto.

Cabe traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de fecha 04 de mayo de 2020, núm. 212/2020<sup>21</sup>, dónde se denegó el de derecho de información en una Sociedad Limitada, alegando que:

**“que la actuación de los actores solicitando información no fue acorde con la buena fe, dado que si los actores no recibieron la documentación solicitada ello fue debido, no a que la sociedad denegase tal solicitud o la tramitase con falta de diligencia, sino a que los propios actores retrasaron, presumiblemente a sabiendas de las consecuencias del retraso y buscando a propósito tener una causa de impugnación de los acuerdos sociales, la solicitud y no ejercitaron medios alternativos para obtener la información solicitada”**. Énfasis propio.

En virtud de la sentencia, podemos determinar que en algunos supuestos sí se ha denegado el derecho de información solicitada. En este sentido, sabemos que D. Omar realiza este tipo de peticiones de forma frecuente con el objetivo de obstaculizar el trabajo del consejo con tareas irrelevantes y monótonas, por lo que podría dar lugar a la denegación de esa información si el único fin de D. Omar es obstaculizar el trabajo de los consejeros.

Don Omar, a pesar de que suele realizar peticiones de manera reiterada y frecuente al Consejo de Administración de la Sociedad, ha requerido información sobre la venta de discos lanzados por la Sociedad durante el año 2023, esta información puede ser de carácter esencial para determinadas cuestiones relativas a la Sociedad, como pudiera ser para corroborar los ingresos de la Sociedad en aras de acudir a la Junta General para aprobar o rechazar las cuentas anuales de la Sociedad. Por este motivo, atendiendo a la cifra del capital social que ostenta, así como a la esencialidad de la información solicitada, los consejeros, en ningún caso, podrán denegarle la información solicitada.

Si se diese la situación de que los administradores denieguen tal información a Don Omar, podrían estar incurriendo en un tipo penal castigado con pena de multa de seis a doce meses, con motivo de la

---

<sup>21</sup> ECLI:ES:APBU:2020:402

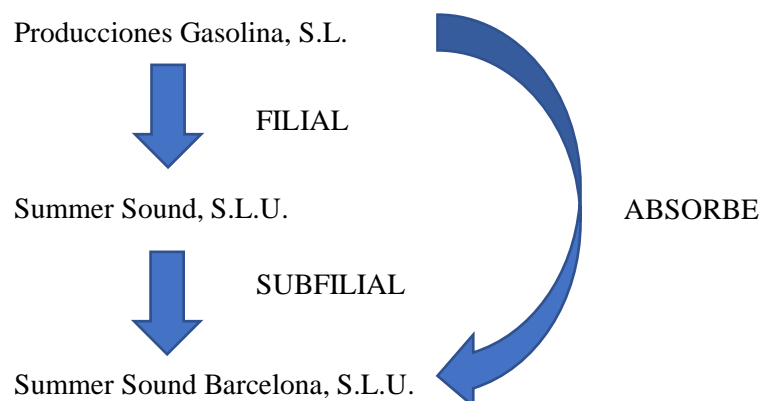
vulneración del art. 293 CP, como consecuencia de su actuación tendente a negar a Don Omar el ejercicio de su derecho de información.

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

- 1. Se ha identificado a una de las filiales de la Sociedad, Summer Sound, S.L.U., cuyo objeto social es la organización de festivales, como uno de los focos principales de pérdidas, puesto que los resultados de esta línea de negocio no dan el fruto esperado desde hace varios años. Sin embargo, una de las subfiliales controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U., la sociedad Summer Sound Barcelona, S.L.U. sí que presenta resultados positivos y unas altas cifras de ventas. La Sociedad nos pregunta para que le prestemos asesoramiento sobre (i) las distintas alternativas para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad y (ii) pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.**

En primer lugar, para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. (en adelante “Summer Sound Barcelona”) deje de estar controlada por Summer Sound S.L.U. (en adelante “Summer Sound”) y, pase a estar controlada por la Sociedad, debemos plantear varias posibilidades:

- (i) Debemos plantear la posibilidad de efectuar una fusión por absorción íntegramente participada o la denominada fusión impropia, consistente en la fusión de Producciones Gasolina, S.L. (la Sociedad) sobre Summer Sound Barcelona.**



Este tipo de fusión viene regulada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante “ RD 5/2023”), que vino a derogar a Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Esta operación se caracterizará por la extinción de una o más sociedades, consecuencia de la transmisión de su patrimonio en bloque a otra sociedad ya existente, la cuál, aumentará su capital, haciendo partícipe a los socios de la/s sociedad/es extinguida/s de las nuevas participaciones en proporción a la participación que ostentaban en la sociedad extinguida.

La Sociedad está legitimada para poder realizar la fusión de absorción sobre Summer Sound Barcelona, debido a que es titular indirecto del 100% de todas las participaciones sociales en las que se divide el capital social de Summer Sound Barcelona, cumpliendo con el primer requisito del art. 53.3 RD 5/2023. A tenor de lo dispuesto en este mismo precepto, este tipo de fusión se caracteriza de poder realizar la operación sin necesidad de incluir en el proyecto de fusión el tipo de canje relativo a las participaciones de la sociedad absorbida, ni se deba incluir un informe de los administradores y expertos sobre el proyecto de fusión, ni tampoco el aumento de capital de la sociedad absorbente. Por último, no sería necesario incluir en el proyecto de fusión la aprobación de ambas juntas de la operación de fusión. Por lo que, este tipo de operación simplificaría el ‘step plan’ a realizar por la Sociedad, con el fin de controlar íntegramente a Summer Sound Barcelona.

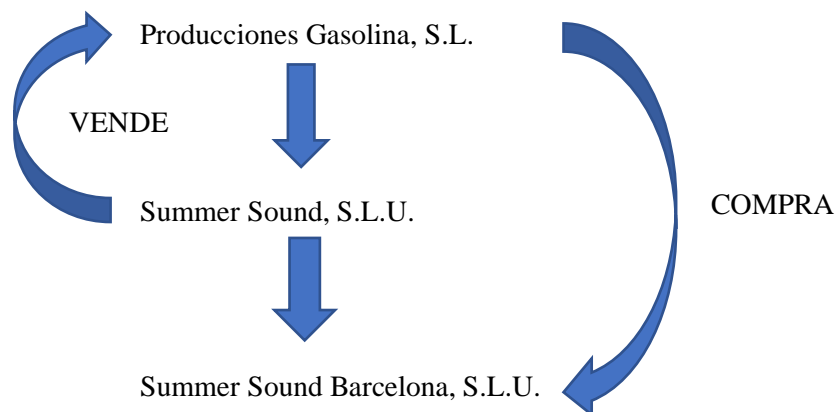
Además, se trata de una fusión de carácter especial, pudiéndose realizar de manera directa o de manera indirecta. Sabiendo que la intención es fusionar la subfilial con la sociedad matriz, solamente podemos contemplar la posibilidad de realizar una fusión por absorción de carácter indirecto.

Por último, como la Sociedad absorberá a Summer Sound Barcelona, estaría en posición de aplicar lo dispuesto para las fusiones con acuerdo unánime, ya que el socio optará por el ejercicio de esta operación mercantil, siendo únicamente necesaria la aprobación del socio o socios de ambas sociedades, sin que sea necesario la convocatoria de la Junta General, beneficiándose de la aplicación de las simplificaciones anteriormente mencionadas.



No se debe olvidar que la última intención de la Sociedad sería liquidar Summer Sound. A través de esta alternativa la sociedad matriz se mantendría, siendo Summer Sound Barcelona la sociedad absorbida por su matriz, pasando a ser controlada directamente por esta, pudiendo proceder, posteriormente, a la liquidación de Summer Sound, cumpliendo con los objetivos iniciales de la Sociedad relativos a asumir el control de Summer Sound Barcelona y liquidar Summer Sound.

- (ii) Otra de opciones sería la realización de una operación de compraventa entre la Sociedad y Summer Sound, cuyo objeto de compraventa sería Summer Sound Barcelona.



Otra posibilidad que pueden plantearse en el presente caso sería una operación de compraventa. Dado que conocemos que Summer Sound Barcelona pertenece en su totalidad a Summer Sound, siendo Summer Sound titular de las participaciones de Summer Sound Barcelona. En este sentido, se puede plantear una operación de compraventa entre la Sociedad y Summer Sound, con el único fin de que la Sociedad adquiriera a través de esta operación la totalidad de participaciones de Summer Sound Barcelona.

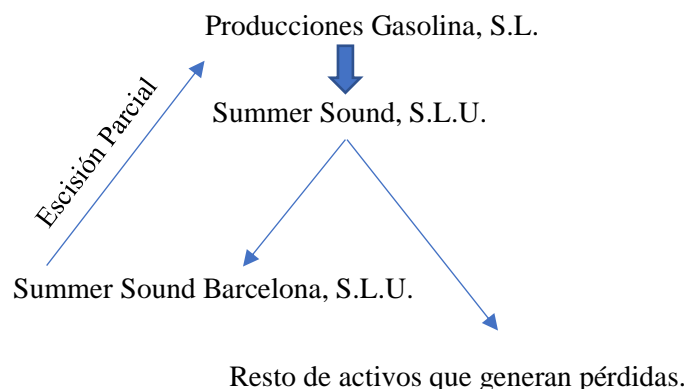
Cuando hablamos de una operación de compraventa estamos aludiendo a aquella actividad de transmisión voluntaria por actos inter vivos a título oneroso. A través de esta operación se estaría transmitiendo los medios materiales y/o humanos, activos, pasivos así como cualesquiera de los otros componentes que conforman Summer Sound Barcelona a la Sociedad.

La operación de compraventa estará compuesta por una negociación previa, con el fin de que la parte compradora obtenga información respecto a la sociedad que va a adquirir. Posteriormente, tendría lugar la denominada 'Due Diligence' consistente en analizar y revisar la documentación de la sociedad y se puedan esclarecer y estipular las contingencias relativas a la sociedad y cuya responsabilidad puede recaer sobre el comprador. Una vez finalizada la anterior fase, tendría lugar la negociación de la operación con para posteriormente redactar el contrato de compraventa.

A través de esta operación Summer Sound estaría transmitiendo la titularidad de Summer Sound Barcelona a la Sociedad, adquiriendo la sociedad matriz la titularidad de Summer Sound Barcelona, siendo esta controlada directamente por la Sociedad, cumpliendo así el primero de los objetivos planteados. Posteriormente, y una vez que haya tenido lugar la operación de compraventa, siendo Summer Sound Barcelona controlada directamente por la Sociedad, se podría proceder a la realización de disolución y liquidación de Summer Sound, cumpliendo el segundo de los objetivos del enunciado.

Podría considerarse a ‘priori’ que formular una operación de compraventa entre la Sociedad y Summer Sound Barcelona no tendría mucha lógica, debido a que el objeto de la compraventa sería la compraventa de la sociedad sub-filial por parte de nuestra sociedad matriz, pero es sabido que la parte vendedora es Summer Sound, y esta se trata de una sociedad filial de la Sociedad, el precio pagado por esta nunca llegaría a salir del grupo de sociedades, retornando a la Sociedad el precio pagado por Summer Sound Barcelona.

- (iii) Otra posibilidad sería realizar una escisión parcial desde Summer Sound en favor de la Sociedad.



Esta posibilidad consiste en que Summer Sound se escinda parcialmente<sup>22</sup> segregando su patrimonio en dos unidades económica distintas: Summer Sound Barcelona y el resto de los activos que generan pérdidas en perjuicio de Summer Sound.

A través de esta operación de escisión parcial se transmitiría Summer Sound Barcelona como unidad operativa, económica y autónoma en favor de Producciones Gasolina, S.L. o la Sociedad. En efecto, mediante esta operación de escisión se podría traspasar la unidad económica de Summer Sound Barcelona a la Sociedad, sin la necesidad de transmitir más partes del patrimonio de Summer Sound, y sin que sea necesario, por tanto, transmitir a la Sociedad aquellas partes del patrimonio de Summer

---

<sup>22</sup> La escisión parcial consiste en el traspaso por bloque universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad a una o varias sociedades de nueva creación o ya existente.

Sound que estén produciendo pérdidas. Respecto al procedimiento de escisión este viene regulado en los art. 64 y ss. del RD 5/2023.

Esta operación permitiría cumplir con los dos objetivos de nuestro cliente: Summer Sound Barcelona pasaría a estar controlada por la Sociedad, y se podría liquidar Summer Sound, constituyendo esta la alternativa que más me satisface de las tres planteadas.

En segundo lugar, el enunciado nos presenta la voluntad de liquidar Summer Sound. Cuando hablamos del proceso de liquidación estamos aludiendo a aquella fase de la disolución en la que se va a reproducir el reparto del patrimonio social entre los distintos socios de la sociedad, para posteriormente extinguir la sociedad.

En cuanto a las causas de disolución estas vienen recogidas en los artículos 362 y 363 TRLSC, los cuáles, determinan que:

***“Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria.***

*Las sociedades de capital se disolverán por la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general o por resolución judicial”*

***“Artículo 363. Causas de disolución.***

*1. La sociedad de capital deberá disolverse:*

*a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.*

*b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.*

*c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.*

*d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.*

*e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.*

f) *Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.*

g) *Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.*

h) *Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.*

*2. La sociedad comanditaria por acciones deberá disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social”.*

Respecto a la posibilidad de liquidar a Summer Sound, debemos entender por liquidación<sup>23</sup> aquel proceso destinado al reparto entre los socios existentes el patrimonio resultante de la sociedad después de haber cobrado los créditos pendientes y haber abonado las deudas sociales, es decir, la liquidación es el proceso que se lleva a cabo con la intención de dar por terminadas las relaciones jurídicas existentes con terceros, y de esta manera se distribuya entre los socios el remanente del patrimonio social, el cuál, viene regulado en el Título X TRLSC, Capítulo II, art. 371 y ss.

Atendiendo a los antecedentes de Summer Sound Barcelona, se manifiesta expresamente que no tiene ni deudas ni créditos pendientes. Por este motivo, la fase de liquidación de una sociedad limitada podrá realizarse de manera simultánea a la disolución, cuando la sociedad inmersa en este procedimiento manifieste que no tenga deudas ni créditos pendientes. Además, con motivo de la operación de liquidación, al lado denominación ‘Summer Sound’ debe aparecer la expresión “en liquidación”, conforme viene regulado en el art. 371 TRLSC.

Para realizar la operación de liquidación debe tener lugar el nombramiento de los liquidadores para efectuar la operación, señalando el art. 376 TRLSC, que serán los estatutos de Summer Sound, atendiendo a las reglas internas de este, quién determine quién debe ocupar el cargo de liquidador, y en caso de que estos no dispongan nada al respecto, será la Junta quién efectúe el nombramiento, y en su defecto, serán liquidadores aquellos que ocuparon el cargo de administrador durante la fase de disolución de Summer Sound. En caso de que se producen vacantes en el cargo, señala el art. 377

---

<sup>23</sup> *Extinción de una sociedad mercantil, una comunidad de bienes y/o una sociedad civil.* (s. f.). <https://plataformapyme.es/eses/Cese/Paginas/ExtincionSociedades.aspx#:~:text=La%20liquidaci%C3%B3n%20es%20un%20proceso,su%20actividad%20ordinaria%20sigue%20paralizada.>

TRLSC que cualquier liquidador, socio o persona con interés podrá solicitar al LAJ o Registrador Mercantil la convocatoria de la Junta para la ocupación de la vacante.

Conforme dispone el art. 160 TRLSC, será competencia de la Junta de Summer Sound la aprobación del balance final de liquidación, pero en el caso de que transcurran más de 3 años desde la apertura de la liquidación sin que se haya aprobado el balance final, cualquier persona o socio que manifieste interés legítimo podrá requerir al LAJ o registrador mercantil la separación de los liquidadores, como señala el art. 389 TRLSC. Este período se establece para evitar dilaciones temporales del proceso de liquidación.

En cuanto a las operaciones que deben realizarse para liquidar Summer Sound, estas vienen reguladas en la Sección 3ª, del Capítulo II, y en concreto, se hace mención del procedimiento de liquidación conforme se detalla sus pasos a seguir desde el art. 383 TRLSC hasta el art. 390 TRLSC. Anteriormente a este procedimiento se debe haber disuelto la sociedad, atendiendo a las reglas y directrices marcadas en la Ley de Sociedades de Capital, reconocidas y reguladas en el Capítulo I relativo a la disolución de la sociedad. Por ello, para proceder a la liquidación de Summer Sound se debe:

- A. Formular un acuerdo de disolución por parte de la Junta General, debiendo ser adoptado por las mayorías legales establecidas y en conformidad con lo previsto en los estatutos.
- B. Cesar a los administradores y nombrar a los liquidadores, conforme ya se ha detallado.
- C. Formular un inventario y balance de la sociedad en un período a contar de tres meses desde la apertura de la fase de liquidación.
- D. Se debe finalizar las operaciones pendientes así como aquellas otras nuevas operaciones destinadas a liquidar la sociedad, estas operaciones deben ser llevadas a cabo por los liquidadores de la sociedad.
- E. Se debe realizar un plan de contabilidad de la sociedad, así como mantener, custodiar y no destruir los libros, documentos y cualesquiera de los documentos esenciales para proceder a la liquidación de la sociedad. Ambas operaciones deben ser realizadas por los liquidadores de la sociedad.
- F. Posteriormente, se debe realizar una enajenación o venta de los bienes de la sociedad.
- G. Hasta este momento los socios y acreedores tendrán derecho a recibir información por parte de los liquidadores en relación al estado o fase de la liquidación de la sociedad.
- H. Una vez realizada la totalidad de operaciones anteriores, la Junta General deberá aprobar<sup>24</sup> el balance final de liquidación, dicho balance debe ser propuesto por los liquidadores.

---

<sup>24</sup> Conforme señala el art. 390 TRLC, los socios no están obligados a votar a favor del balance final, pudiendo incluso impugnar aquellos socios cuyo voto fue negativo el citado balance en un plazo de dos meses desde que se procedió a adoptar dicho balance.

Además, los liquidadores deberán elaborar un informe detallando las operaciones realizadas y un proyecto de repartición entre los socios del activo no liquidado.

Una vez finalizada la etapa de liquidación de Summer Sound, traería consigo la apertura de la fase de extinción, consistente en la última fase previa para disolver y liquidar a Summer Sound.

- 2. Como paso clave en el proceso de expansión, la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (Biza), sociedad que cotiza desde hace años en el Ibex-35. Todo ello siguiendo las recomendaciones de D. Raúl (actual consejero delegado de la Sociedad), el cual tiene un 6% del capital social Biza directamente como inversión personal. Siendo Biza una cotizada, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de cualquier norma imperativa en relación con la adquisición. Para ello le plantean diferentes escenarios, pero querrían conocer su opinión al respecto: (i) adquirir un 29,99% de las acciones de Biza; (ii) adquirir simplemente un 12% de Biza pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza; (iii) adquirir el 100% de las acciones de Biza para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza. Además, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza, solicitando igualmente su asesoramiento en este sentido.**

En primer lugar, sobre la posibilidad de adquirir las acciones de la sociedad BZRP HITS, S.A. (en adelante “Biza”), debemos acudir a lo dispuesto en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (en adelante “LMV”), que vino a derogar el Real Decreto 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores.

Antes de comenzar con el análisis de los distintos escenarios planteados para la adquisición accionarial de Biza, la Sociedad debe conocer que al tratarse de una sociedad que cotiza en el Ibex-35, la adquisición de las acciones de Biza se debe realizar mediante la realización de una Oferta Pública de Adquisición (en adelante “OPA”). Cuando hablamos de una OPA, estamos aludiendo a la operación mercantil a través de la cual se realiza una oferta de compra de las acciones de una sociedad cotizada con el objetivo de hacerse con el control de esta sociedad cotizada, es decir, a través de la OPA la Sociedad estaría realizando una oferta de compra de Biza, sociedad que cotiza en el Ibex 35.

Atendiendo a los criterios de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante “CNMV”), existen distintas clases de OPA<sup>25</sup>:

1. OPA obligatoria y OPA voluntaria<sup>26</sup>: en la OPA obligatoria esta sujeta a una serie de obligaciones en cuanto se refiere que la oferta de adquisición debe aludir al 100% del capital de la sociedad, debiendo ofrecerse un precio equitativo. Sin embargo, la OPA voluntaria no está sujeta a ninguna obligación en cuanto se refiere a formular una oferta a precio equitativo y no se tiene la obligación de ofertar por la totalidad de acciones de la sociedad.

Existe la obligación, conforme al art. art. 111 LMV de emitir una OPA de naturaleza obligatoria, es decir, por la totalidad de los valores cuando se pretenda alcanzar el control de la sociedad. Se estima que una persona física o jurídica ha alcanzado el control de la sociedad, cuando:

- Alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derecho de votos igual o superior al 30% del control de la sociedad opada.
  - Alcance un porcentaje inferior al 30% pero haya designado un número de consejeros, que, unidos, a los que habían sido designados previamente, superen más de la mitad de los miembros del órgano de administración.
2. OPA por toma de control: cuya finalidad es permitir que los accionistas de la sociedad opada puedan vender sus acciones a través de un precio equitativo, una vez que la sociedad adquirente haya adquirido el control total de la sociedad opada.
  3. OPA competidora: se trata de aquella opa consistente en emitir una oferta en relación con aquellos valores sobre los que ya se había emitido una oferta, siempre y cuando, el plazo de aceptación no hubiese finalizado.
  4. OPA de exclusión: habilita la venta de las acciones de la sociedad antes de que deje de cotizar en bolsa.

---

<sup>25</sup> CNMV - *Types of takeover bids*. (n.d.). <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Opas-Tipos.aspx>

<sup>26</sup> *El Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto sobre el régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores.*: Ministerio de Hacienda y Función Pública. (n.d.). <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2007/Paginas/Real%20Decreto%20sobre%20regimen%20de%20las%20Ofertas%20Publicas%20de%20Adquisicion%20de%20Valores.aspx>

5. OPA amistosa y OPA hostil: una OPA amistosa se caracteriza por la existencia de un acuerdo entre la sociedad oferente y los accionistas mayoritarios o el consejo de administración de la sociedad que ha sido opada. En caso de que no exista acuerdo entre las partes se denominará OPA hostil.

Una vez realizada la oferta, el accionista de la sociedad opada puede optar entre: (i) vender en bolsa, rechazando la OPA, (ii) aceptar la OPA, vendiendo al precio ofrecido, o, (iii) puede optar a conservar sus acciones, rechazando la OPA. En lo que se refiere al accionista, ha sido la CNMV quién ha protegido la decisión del accionista determinando que su decisión debe ampararse en la información que este dispone respecto a la OPA, consistente en:

- El folleto de la OPA: este folleto recoge toda la información necesaria para que el inversor pueda esclarecer su opinión acerca de la oferta, entre esta información podemos destacar los valores a los que se dirige, los gastos, la contraprestación ofertada, el plazo de aceptación, condiciones de la operación etc.
- El anuncio de la opa: este anuncio resume los puntos más importantes de la oferta.
- El informe del Consejo de la sociedad opada: señalando si existe acuerdo entre la sociedad oferente y la sociedad opada, incluyendo, además, la decisión de los miembros del consejo que tienen accionistas así como su opinión sobre la oferta.

Cabe hacer mención del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (en adelante “RD 1066/2007”), en su capítulo V, recoge el procedimiento relativo a la OPA, y en especial, la obligatoriedad del anuncio, presentación y autorización de la oferta.

Antes de comenzar con el análisis de cada una de las alternativas, cabe mencionar que la Sociedad va a estar obligada a presentar lo que se conoce como OPA obligatoria en cualesquiera de los escenarios planteados. En efecto, el art. 108 LMV determina que procede una oferta pública de adquisición obligatoria cuando se pretenda alcanzar el control de una sociedad cotizada, siendo aplicable lo regulado en el art. 111 LM relativo al control de la sociedad, que ya ha sido objeto de desarrollo en el presente apartado, debiendo presentar una oferta por el 100% de las acciones a un precio equitativo<sup>27</sup>, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 110 LMV. Todo ello en virtud de las siguientes razones:

---

<sup>27</sup> Señala el art Artículo 110. LMV, que se debe entender por precio equitativo.

1. Se entenderá que el precio es equitativo cuando, como mínimo, sea igual al precio más elevado que haya pagado el obligado a formular la oferta o las personas que actúen en concierto con él por los mismos valores durante un período de tiempo anterior a la oferta determinado reglamentariamente y en los términos que se establezcan.



- (i) En el supuesto de adquirir un 29,99% de las acciones de Biza;

Conforme a lo detallado en virtud de los arts. 108 y 111 LMV, no alcanzaríamos el límite marcado para entender que la Sociedad tomará el control de Biza, no debiendo presentar una OPA obligatoria, puesto que no se alcanza el 30% exigido. Ahora bien, cabe traer a colación lo dispuesto en el art. 5. Del RD 1006/2007, apartado primero, en cuanto al cómputo de votos se refiere:

***“Artículo 5. Cómputo de los derechos de voto.***

*A efectos del cómputo de los porcentajes de derechos de voto señalados en el artículo precedente, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

- 1. Se atribuirán a una misma persona los porcentajes de voto que correspondan a las siguientes personas o entidades:*

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

A tenor de lo dispuesto se atribuirán a la Sociedad los porcentajes de voto que correspondan a los miembros de su órgano de administración, salvo prueba en contrario. En virtud de este motivo, sabemos que la Sociedad está siguiendo las recomendaciones de D. Raúl, consejero delegado de la Sociedad, y que este ostenta el 6% del capital social de Biza, puesto que se trata de una inversión personal. Conforme dispone el ya descrito art. 5.1 RD 1006/2007, al ser D. Raúl un miembro del consejo de administración de la Sociedad, su 6% de acciones deben atribuirse al 29.99% que pretende la Sociedad adquirir de Biza, es decir, que el total de las acciones conjuntas sería de un 35.99%, superando los límites máximos descritos en el art. 111 LMV.

Por todo ello, la Sociedad debe presentar una OPA de carácter obligatorio, por el total del 100% del capital social de Biza, ofertadas a un precio equitativo.

- (ii) En el supuesto de 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;

La Sociedad pretende únicamente alcanzar el 12% de Biza pero pretende suscribir un pacto de voto con Dña. Natalia, que es titular del 28% de las acciones de Biza. Si analizamos la naturaleza de este pacto de voto, estaríamos ante un pacto parasocial entre la Sociedad y Dña. Natalia, con motivo de la

concentración del 28% de las acciones de Dña. Natalia y del 12% de las acciones que pretende adquirir la Sociedad.

Dispone el art. 108 LMV, que quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición obligatoria por el total de las acciones, aquellos que alcancen el control de una sociedad mediante pactos parasociales o de otra naturaleza con otros titulares de valores, como ocurre en este caso.

Por este motivo, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 108, apartado “B”, de la LMV, la Sociedad deberá presentar una OPA obligatoria por el total del capital social de Biza.

- (iii) En el supuesto de 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

Si la intención de la Sociedad es adquirir el 100% de las acciones, deberá realiza una OPA obligatoria, debiendo ofrecer un precio equitativo por las acciones y no sujeta a condición alguna, atendiendo a las apreciaciones descritas con anterioridad.

Como ya se ha detallado, el accionista tiene distintas alternativas sobre la venta o no de sus acciones, pudiendo estos elegir entre vender o no su porcentaje accionarial.

Puede originarse que la intención de la Sociedad sea adquirir el 100% de la Biza, con el fin de que no existan socios minoritarios en Biza, pero que no todos los socios estén dispuestos a vender sus acciones. Dispone el art. 116 LMV la salvedad de que si el 90% de los socios con derecho de voto han optado por vender sus acciones, el restante 10% de estos que en un primer momento habían rechazado la venta, se verán obligados por el oferente a vender sus acciones a la sociedad adquiriente a un precio equitativo. Asimismo, dispone el apartado b del art. 116 que los titulares de los valores afectados podrán exigir al oferente la compra de sus acciones a un precio equitativo.

Por último, en cuánto se refiere a la obligación de formular una oferta pública de adquisición, dispone el art. 112 LMV que se habrá incumplido la obligación por parte de la Sociedad, si atendiendo a cada una de las salvedades mencionadas relativa a la obligación de emitir una OPA obligatoria, la emitiese con irregularidades esenciales, como pudiera ser emitir una OPA de naturaleza distinta.

En este sentido, dispone el art. 112 apartado 1 LMV que las consecuencias de no formular una oferta pública de adquisición será la prohibición de poder ejercer los derechos políticos inherentes a las

acciones de la sociedad cotizada cuyo ejercicio corresponda, así como las posibles sanciones recogidas en el Título IX LMV.

En segundo lugar, en cuánto 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.

Cuando hablamos de una concentración empresarial<sup>28</sup> estamos aludiendo, tal y como se refiere el art. 7.1.b de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia a aquella concentración de empresas consistente que supone la modificación duradera de la estructura de poder de las empresas participantes, con motivo de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una empresa. En este caso, la Sociedad pretende adquirir el control de Biza, con la obligación de formular una OPA obligatoria en cualesquiera de los escenarios planteados por las salvedades descritas en el apartado anterior.

En cuanto a la normativa se refiere debemos diferenciar entre lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico y lo dispuesto en el Derecho comunitario. El ordenamiento jurídico español en cuanto a la concentración de empresas está compuesto por las normas de coordinación entre los procedimientos de OPA y el control de las concentraciones económicas. Tal es así que el art. 9.3 LDC recoge una serie de obligaciones para aquellos casos en los que la concentración económica se realice mediante una OPA. En este sentido, el art. 26 RD 1066/2007 complementa lo dispuesto entre la normativa relativa a la autorización y ejecución de la OPA y la normativa relativa a los procedimientos de supervisión de las concentraciones económicas. Sin embargo, en el derecho comunitario la coordinación entre la concentración económica y la OPA se prevé mediante la normativa ‘antitrust’, regulada mediante el Reglamento 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Atendiendo a las circunstancias de nuestro caso sabemos que la intención de la Sociedad es hacerse con el control de Biza. Esta circunstancia ocasiona que pueda originarse una modificación de la estructura de control de la sociedad opada, es decir, de Biza, como consecuencia de la adquisición del capital por parte de la Sociedad, pudiendo originarse que la OPA que pretende realizar la Sociedad sea una concentración económica que estaría sometida al control de las autoridades de competencia. Tal es así que el art. 8 LDC ha determinado que cuando se formule una OPA cuya intención es controlar al menos el 30% de la sociedad afectada, estaremos ante una operación de concentración, debiendo quedar

---

<sup>28</sup> Iberley Información Legal, S.L. (n.d.). *Iberley. contenido jurídico*. <https://www.iberley.es/temas/tipos-procesos-concentracion-empresarial-m-62584>

sometido al procedimiento de control salvo que aquellos supuestos en los que el volumen de negocio de Biza no supere 10 millones (siempre que las sociedades no tengan una cuota igual o superior al 50%).

Dispone, a su vez, el apartado 1. b del art. 8 LDC que las sociedades quedarán sometidas al control de las autoridades de competencia cuando:

“b) (...) **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**”.  
Énfasis propio.

Sabiendo que Biza es una de las empresas más importantes de este sector, es seguro la aplicación de la normativa de defensa de la competencia con motivo de la concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza.

Por todo ello, atendiendo a la explicación detallada, la OPA que pretende realizar la Sociedad sobre Biza va a quedar sujeta al control de las autoridades de la competencia, siendo aplicable la normativa descrita.

#### **Parte 4: Bibliografía.**

En el presente apartado se procede a citar todo el material de apoyo para la elaboración del presente trabajo:

##### Legislación.

1. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
2. Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
3. Real Decreto 634/2015, de 10 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
4. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto de Valor Añadido.
5. Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Valor Añadido.
6. Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
7. La Ley de 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
8. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883

9. Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.
10. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
11. Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el real decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.
12. Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.
13. Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
14. Real Decreto Ley, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.
15. Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.
16. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
17. BOE-A-2022-6416 Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad. (s. f.). [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-6416](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-6416).
18. Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión
19. Real Decreto 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores.
20. Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.
21. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
22. Reglamento 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas

#### Jurisprudencia.

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”), de fecha 22 de noviembre de 2007, asunto C-328/06.

2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2011, Recurso 1559/2011.
3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, núm. 788/2013, de 13 de noviembre de 2013, ECLI: ES: TSJM:2013:155530
4. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 29 de septiembre de 1988, núm. 6635/1988: ECLI:ES:TS:1988:6635
5. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 29 de septiembre de 1988, núm. 6635/1988, ECLI:ES:TS:1988:6635
6. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, núm. 788/2013, de fecha 13 de noviembre de 2013, ECLI: ES: TSJM:2013:155530
7. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 29 de septiembre de 1988, núm. 6635/1988, ECLI:ES:TS:1988:6635
8. Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 138/2009, de 6 de marzo, ECLI:ES:TS:2009:941
9. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de enero de 2023 [EDJ 2023/500890].
10. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28a, de 25 de octubre de 2019 (JUR 2020/77641)
11. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de fecha 04 de mayo de 2020, núm. 212/2020, ECLI:ES:APBU:2020:402

### Enlaces de Interés.

También ha servido de apoyo para la elaboración de este Trabajo la revisión de los siguientes enlaces web:

1. Maria. (2023, 27 abril). La no declaración de ingresos- Gestron. Gestron. <https://ayudatpymes.com/gestron/multa-hacienda-por-no-declarar-ingresos/>
2. Los tipos de infracciones y su sanción. El procedimiento de. (2017, 30 octubre). fiscal-impuestos.com. <https://www.fiscal-impuestos.com/3-los-tipos-de-infracciones-y-su-sancion-el-procedimiento-de-imposicion.html>
3. Agencia Tributaria: ¿Qué es el IAE? (n.d.). <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/declaraciones-informativas-otros-impuestos-tasas/impuesto-sobre-actividades-economicas/que-iae.html>
4. EU & UK: Value Added Tax (VAT) | TikTok Ads Manager. (s. f.). <https://ads.tiktok.com/help/article/eu-uk-vat?lang=es>
5. Comunicación. (2023, 15 marzo). Multa de Hacienda por no declarar los ingresos. Openges. <https://openges.es/multa-hacienda-no-declarar-ingresos/#:~:text=Por%20infracci%C3%B3n%20leve%20se%20entiende,lo%20mismo%2C%20hasta%201.500%20euros.>

6. El Acuerdo sobre los ADPIC y los instrumentos internacionales a los que hace referencia. (1994). ART. 16. *WTO*  
*OMC*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/1\\_tripsandconventions\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf)
7. Asociación para la defensa de Marca. (2019). *ADEMA*.
8. Duprat, P. N. (2021, 1 marzo). PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MARCA NO REGISTRADA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. <https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/blog-propiedad-industrial/item/186-proteccion-juridica-de-la-marca-no-registrada-en-la-legislacion-espanola>
9. Herrera, T. S. (s. f.). Marca notoria y marca renombrada registradas españolas. Garrido y Doñaque. <https://www.garridoydonaque.com/marca-notoria-renombrada-registro-espana/>
10. El despido del personal de alta dirección en España. (s. f.). Ceca Magán. <https://www.cecamagan.com/blog/despido-personal-alta-direccion-espana>
11. Alfaro, J. (2023, 3 marzo). La compraventa de empresas (III): contenido típico de un contrato de compraventa de empresa (SPA Sale-purchase Agreement) - Almacén de Derecho. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-iv-contenido-tipico-de-un-contrato-de-compraventa-de-empresa-spa-sale-purchase-agreement>
12. Reparto de dividendos aún existiendo pérdidas | Impuestos, autónomos, empresas e IRPF. (s. f.). Gestión 32. <http://www.gestion32.com/blog/general/reparto-de-dividendos-aun-existiendo-perdidas/>
13. De Conocimiento E Innovación, A. |. Á. (2022, 19 abril). Representación proporcional en Consejo de Sociedad limitada. Cuatrecasas.  
<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/mercantil/art/espana-representacion-proporcional-en-consejo-de-sociedad-limitada>
14. El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros en sociedades de responsabilidad limitada. (s. f.). Deloitte Spain.  
<https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/sistema-representacion-proporcional-nombramiento-consejeros-sociedades-responsabilidad-limitada.html>
15. Revista de Derecho de sociedades, autor D. Antonio Roncero Sánchez, artículo “la cobertura de vacantes en el consejo de administración, página 195.
16. Extinción de una sociedad mercantil, una comunidad de bienes y/o una sociedad civil. (s. f.). <https://plataformapyme.es/eses/Cese/Paginas/ExtincionSociedades.aspx#:~:text=La%20liquidaci%C3%B3n%20es%20un%20proceso,su%20actividad%20ordinaria%20sigue%20paralizada.>
17. Alfaro, J. (2021, 4 junio). El complemento de convocatoria de la Junta (art. 172 LSC) - Almacén de Derecho. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/el-complemento-de-convocatoria-de-la-junta-art-172-lsc>

18. El complemento de convocatoria en la Junta General de las Sociedades Limitadas. (s. f.). Ceca Magán. <https://www.cecamagan.com/blog/complemento-convocatoria-junta-general-sociedades-limitadas>
19. Fernández, J. R. (2021, 29 junio). El derecho de información del socio de la sociedad. <https://www.jraulfernandez.es/derecho-informacion-socio/#:~:text=El%20derecho%20de%20informaci%C3%B3n%20consiste,asuntos%20a%20tratar%20en%20Junta>.
20. CNMV - *Types of takeover bids*. (n.d.). <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Opas-Tipos.aspx>
21. *El Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto sobre el régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores.:* Ministerio de Hacienda y Función Pública. (n.d.). <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2007/Paginas/Real%20Decreto%20sobre%20regimen%20de%20las%20Ofertas%20Publicas%20de%20Adquisicion%20de%20Valores.aspx>
22. Iberley Información Legal, S.L. (n.d.). *Iberley. contenido jurídico*. <https://www.iberley.es/temas/tipos-procesos-concentracion-empresarial-m-62584>