



**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**Curso 2023-2024**

**Alumna: Laura Valderrama Cristóbal**

**Tutor: Bruno Martín Baumeister**

## ÍNDICE

<b>1. ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....	<b>4</b>
<b>2. CUESTIONES</b> .....	<b>5</b>
<b>2.1. PARTE UNO</b> .....	<b>5</b>
2.1.1. Declaración a la AEAT. Ingresos no declarados. ....	5
2.1.2. “MOTOPAPI”, marca registrada. ....	9
2.1.3. Despido de D. Patricio Quevedo.....	13
2.1.4. Mecanismos contractuales de protección.....	15
<b>2.2. PARTE DOS</b> .....	<b>19</b>
2.2.1. La distribución de dividendos. ....	19
2.2.2. El nuevo miembro del Consejo de Administración .....	23
2.2.3. El derecho de información de Don Omar .....	26
<b>2.3. PARTE TRES</b> .....	<b>28</b>
2.3.1. Summer Sound, S.L.U. ....	28
2.3.2. BZRP HITS, S.A. (“Biza”). ....	32
<b>3. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>38</b>
<b>3.1. NORMATIVA</b> .....	<b>38</b>
<b>3.2. JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>38</b>

## RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

### Resumen:

Nuestro despacho está asesorando a LATINO GANG INC., una prominente productora de música latina, en su expansión en territorio español a través de la adquisición de la sociedad PRODUCCIONES GASOLINA S.L., basada en España. Tras llevar a cabo una due diligence, se identifican tres contingencias relacionadas con esta compra: la no declaración de ingresos significativos, conflictos de propiedad intelectual sobre la marca "MOTOPAPI", y la gestión de contratos de alta dirección, específicamente en relación con la indemnización por despido. Tras llevar a cabo la adquisición de la sociedad española, se presentan cuestiones relacionadas con la distribución de dividendos y la gestión de un socio minoritario conflictivo. Finalmente, se planifica una fusión dentro del grupo empresarial y la adquisición de un porcentaje significativo de BZRP HITS S.A., sociedad cotizada.

### Abstract:

Our firm is advising LATINO GANG INC. a prominent Latin music production company, in its expansion into the Spanish territory through the acquisition of the company PRODUCCIONES GASOLINA S.L., based in Spain. After conducting due diligence, three contingencies related to this acquisition were identified: the non-declaration of significant revenues, intellectual property conflicts over the "MOTOPAPI" brand, and problems pertaining to severance pay regarding senior management contracts. Following the acquisition of the Spanish company, issues related to the distribution of dividends and the handling of a conflicting minority partner arise. Finally, a merger within the corporate group and the acquisition of a substantial percentage of BZRP HITS S.A.'s shares, are planned.

**Palabras clave:** Adquisición de capital social, Consejo de Administración, Contrato de alta dirección, Derechos políticos, Dividendos, Due diligence, Estabilidad financiera, Indemnización por despido, Mecanismos contractuales de protección, Normativa de defensa de la competencia, Propiedad intelectual, Socios minoritarios.

**Key words:** Acquisition of capital stock, Antitrust regulations, Board of Directors, Contractual protection mechanisms, Dividends, Due diligence, Financial stability, Intellectual property, Minority shareholders, Political rights, Senior management contract, Severance pay.

## 1. ANTECEDENTES DE HECHO

LATINO GANG INC., con sede en Miami, es la entidad principal de un conglomerado internacional activo en la industria musical, especializado en la producción de reguetón y representación de artistas de habla hispana (el “Grupo”). El Grupo, siendo uno de los productores líderes en música latina con una gran presencia en el continente americano, busca expandirse en el mercado español.

El Grupo planea adquirir una participación mayoritaria en PRODUCCIONES GASOLINA S.L., (la “Sociedad”, o “Producciones Gasolina”) una empresa española, para expandirse en España. El Grupo encarga a nuestro despacho de abogados, situado en Madrid, un proceso de revisión legal (due diligence), que revela tres contingencias legales principales:

- **Ingresos no declarados:** la Sociedad no declaró más de un millón de euros obtenidos durante 2020 a través de conciertos virtuales en TikTok, lo cual preocupa al Grupo, y que puede provocar una investigación por parte de la AEAT.
- **Marca registrada:** la Sociedad se enfrenta a una disputa legal por la marca “MOTOPAPI”, ya que Dña. Rosario, una cantante, reclama que esta vulnera su propiedad intelectual, diciendo que ella tiene una marca anterior en el tiempo y de renombre.
- **Despido de directivo:** la Sociedad pretende despedir a su Director General de las Islas Canarias, y hay preocupación sobre si respetar su indemnización contractual o aplicar una indemnización menor según el Estatuto de los Trabajadores.

Tras la adquisición exitosa del 51% de la Sociedad, esta se enfrenta a cuestiones complejas para las próximas reuniones de la junta general de accionistas y del consejo de administración:

- **Distribución de dividendos:** se busca aprobar la distribución del mayor porcentaje posible de los beneficios del ejercicio anterior.
- **Conflicto con un socio minoritario:** Un socio minoritario, Don Omar, desea nombrar a un nuevo miembro del Consejo de Administración y ha amenazado con acciones legales si no se cumple su demanda.
- **Solicitud de información por parte del socio minoritario:** Don Omar también solicita información detallada sobre las ventas de discos, y el Consejo considera negarse a su petición.

Después de haber adquirido la Sociedad, el Grupo se expande en el resto de España, donde se le presentan dos decisiones estratégicas:

- **Reestructuración empresarial:** se considera la liquidación de una filial deficitaria, Summer Sound S.L.U., y se busca asesoramiento para que otra subfilial rentable, Summer Sound Barcelona S.L.U., pase a ser controlada directamente por la Sociedad.
- **Adquisición de empresas:** se planea adquirir un porcentaje significativo de BZRP HITS S.A., una empresa que cotiza en el Ibex-35, con preocupaciones sobre la normativa de adquisiciones y la regulación de defensa de la competencia.

## 2. CUESTIONES

### 2.1. PARTE UNO

#### 2.1.1. Declaración a la AEAT. Ingresos no declarados.

En este apartado se proporciona un análisis de la situación fiscal de Producciones Gasolina.

En primer lugar, se examina la infracción tributaria en el contexto de la Ley General Tributaria, considerando la no declaración de ingresos significativos en 2020 y cómo esto configura una infracción según el artículo 191.

En segundo lugar, se evalúa la gravedad de esta infracción, estudiando la graduación de infracciones leves, graves y muy graves, y se analiza la base de la sanción, la ocultación de datos y el uso de medios fraudulentos.

A continuación, se aborda la cuantificación de la contingencia fiscal, considerando las sanciones aplicables en diferentes escenarios de infracción.

Finalmente, se discuten las opciones de regularización y no regularización de la situación, teniendo en cuenta tanto los beneficios como los riesgos asociados con cada enfoque.

#### A. Sobre la calificación jurídica de los hechos.

##### La infracción tributaria.

El artículo 191 de la Ley General Tributaria (la “LGT”) de 2003 establece en su apartado primero que *“constituye una infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo”*.

Dado que Producciones Gasolina no declaró más de un millón en ingresos obtenidos a lo largo de 2020, puede concluirse que nos encontramos, en efecto, ante una infracción tributaria.

##### La gravedad de la infracción.

Es necesario, referirse de nuevo al artículo 191 de la LGT, el cual establece cómo se determinará la gravedad de la infracción. Existen tres posibilidades.

- La infracción puede ser leve, si la base de la sanción es igual o inferior a 3.000 euros o, siendo superior, no exista ocultación.
- La infracción puede ser grave, si la base de la sanción es superior a 3.000 euros y existe ocultación.
- La infracción puede ser muy grave si se han utilizado medios fraudulentos.

Para calificar esta infracción tributaria, es necesario definir tres conceptos expresados por la LGT: en primer lugar, la base de la sanción, en segundo lugar, el concepto de la ocultación de datos y, en tercer lugar, los medios fraudulentos.

**La base de la sanción**, como se especifica en el artículo 191.1 LGT, se refiere a la cuantía que se utilizará como base para calcular la sanción. Esta será la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción.

Por lo tanto, en el caso concreto, la base de la sanción será de al menos 1.000.000 euros. Cabe resaltar que ahora mismo no es posible determinar la cantidad exacta de la base de la sanción, ya que la información aportada sólo hace mención a “*más de un millón de euros*”.

**La ocultación de datos**, según lo establecido en el artículo 184.2 de la LGT, se da cuando no se presentan declaraciones o cuando se presentan declaraciones en las que se incluyen hechos u operaciones en los que se omiten parcial o totalmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes u otros datos que tengan un impacto en la determinación de la deuda tributaria. La ocultación se considera existente cuando la incidencia de la deuda derivada de la omisión de datos en relación con la base de la sanción supera el 10 por ciento.

En este caso sabemos que ha tenido lugar una falta de declaración de ingresos, pero para poder considerar que ha tenido lugar una ocultación de los datos, sería necesario determinar si, como determina la norma legal, “*la incidencia de la deuda derivada de la omisión de datos en relación con la base de la sanción supera el 10 por ciento*”. Dado que no tenemos todos los datos relativos a la cantidad exacta de la deuda, ni datos concretos sobre la falta de declaración de ingresos, no es posible determinar con seguridad si la ocultación de datos ha tenido lugar o no.

**Los medios fraudulentos** son, según el artículo 184.3 de la LGT: (a) las anomalías sustanciales en la contabilidad y en los libros o registros establecidos por la normativa tributaria, (b) el empleo de facturas, justificantes o documentos falseados y (c) la utilización de personas o entidades interpuestas para ocultar la identidad del sujeto infractor.

Según el informe elaborado por los abogados del Grupo, no hay indicios de que Producciones Gasolina haya empleado documentos falseados, ni de que se haya utilizado a terceros para ocultar su identidad frente a la Agencia Tributaria. Aquello que puede plantear mayores dudas, es la existencia de anomalías sustanciales en los libros o registros establecidos por la normativa tributaria. En el artículo 184.3.a).3º, se determina que una anomalía sustancial puede ser “*la llevanza incorrecta de los libros de contabilidad o de los libros o registros establecidos por la normativa tributaria, mediante [...] la omisión de operaciones realizadas [...] La apreciación de esta circunstancia requerirá que la incidencia de la llevanza incorrecta de los libros o registros presente un porcentaje superior al 50 por 100 del importe de la base de la sanción*”. Dado que en el caso concreto no se tienen los datos suficientes para conocer la cantidad de la base de la sanción, es difícil saber si la no declaración de los ingresos del concierto supera el 50% o no.

### **Conclusión.**

Dado que no tenemos suficiente información, en este caso la infracción podría ser calificada como leve, grave o muy grave.

- En el caso de que no hubiera ocultación de datos ni medios fraudulentos, podría ser leve, aunque la base de la sanción es superior a 3.000€.
- En el caso de que sí hubiera ocultación, pero no existiera uso de medios fraudulentos, estaríamos ante una infracción grave.

- Si al final se determinase que hay tanto ocultación como uso de medios fraudulentos, estaríamos ante una infracción muy grave.

## **B. Sobre la cuantificación de la contingencia fiscal.**

El artículo 191 prevé las siguientes sanciones:

### **Ante las infracciones leves.**

En el caso de que la infracción sea leve, la multa pecuniaria proporcional será del 50%.

En este caso, la multa sería de un mínimo de 500.000€.

### **Ante las infracciones graves.**

La sanción por infracción grave será de un mínimo del 50% y de un máximo del 100% y se graduará conforme a los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública (art. 187.1 LGT, apartados (a) y (b)).

Para cuantificar la contingencia fiscal, es necesario determinar si los criterios de graduación del artículo 187.1 son aplicables al caso concreto.

**Con respecto a la comisión repetida de infracciones tributarias**, la LGT determina que *“se entenderá producida esta circunstancia cuando el sujeto infractor hubiera sido sancionado por una infracción de la misma naturaleza [...] dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción”*.

En este caso no consta que la Sociedad haya cometido ninguna infracción fiscal en los cuatro años anteriores a la comisión de la presente infracción. Por lo tanto, no cabe la aplicación de este criterio de graduación.

**Con respecto al perjuicio económico para la Hacienda Pública**, este perjuicio se determinará por el porcentaje resultante de la relación existente entre la base de la sanción y la cuantía total que hubiera debido de ingresarse por la adecuada declaración del tributo. El criterio de graduación de la norma tiene su límite más bajo *“cuando el perjuicio económico sea superior al 10% e inferior o igual al 25 por 100”* en cuyo caso el incremento será de *“10 puntos porcentuales”*.

Dado que no contamos con información relativa a la cuantía total que hubiera debido de ingresarse por la adecuada declaración del tributo, no es posible determinar con total seguridad si este criterio será de aplicación o no. Pero, en el caso de que fuera de aplicación, como mínimo tendría que realizarse una graduación del 10%.

Por lo tanto, en el caso de que este artículo sí sea aplicable, la multa pecuniaria será como mínimo de un 60% de la base de la sanción, por lo que la cuantía ascenderá a 600.000€.

### **Ante las infracciones muy graves.**

En el caso de las infracciones muy graves, la LGT prevé una multa pecuniaria del 100 al 150% y se graduará incrementando el porcentaje mínimo conforme a los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública.

Teniendo en cuenta el análisis de los criterios de graduación del artículo 187.1 LGT que viene de hacerse, es lógico concluir que en este caso podría ser de aplicación el criterio del perjuicio económico para la Hacienda Pública.

En el caso de que sí fuera aplicable, habría que incrementar la multa un mínimo del 10%, por lo que en este caso estaríamos ante un mínimo del 110%, lo cual equivaldría a 1.100.000€.

### **Conclusión.**

En este caso, la cuantificación de la multa por infracción tributaria sería, en el mejor de los casos, de un mínimo de 500.000€. Por otro lado, en el peor de los casos la Sociedad tendría que pagar una multa mínima de 1.100.000€.

### **C. Sobre las posibles soluciones a la situación.**

#### **La regularización de la situación.**

El artículo 191 LGT establece en su primer apartado que constituye una infracción tributaria la falta de ingresos de la totalidad o parte de la deuda tributaria *“salvo que se regularice con arreglo al artículo 27”*.

Dicho artículo 27 de la LGT prevé los recargos aplicables por declaración extemporánea sin requerimiento previo. De acuerdo con este artículo, los recargos varían en función del tiempo transcurrido desde el fin del plazo original de declaración. Estos recargos son del 1% más otro 1% adicional por cada mes completo de retraso hasta 12 meses, y se fijan en un 15% pasados 12 meses.

Dado que los ingresos no declarados superan el millón de euros y que los conciertos virtuales se realizaron a lo largo del 2020, se deduce que han pasado más de 12 meses desde el término del plazo original, lo cual implicaría un recargo del 15% sobre el importe no declarado, aproximadamente 150,000 euros.

Sin embargo, hay una posibilidad de reducir este importe en un 25% si se realiza el pago total del recargo en el plazo establecido tras la notificación de la liquidación y se cumple con el pago de la deuda resultante de la autoliquidación o liquidación correspondiente (art. 27.5LGT).

#### **La no regularización de la situación.**

El artículo 66 de la LGT determina que el derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas prescribirá a los cuatro años.

Dado que la declaración de impuestos del año 2020 tuvo lugar en el año 2021, el derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias de la Sociedad prescribirá en 2025, es decir, faltan 2 años para la prescripción de la infracción. Con lo cual, dentro de este plazo restante de 2 años, la Administración tiene la facultad de iniciar una investigación sobre las obligaciones tributarias de la Sociedad.

Además, el artículo 42.1.c) de la LGT, serán responsables solidarios de la deuda tributaria las entidades *“que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y*

*derivadas de su ejercicio*". Es decir, que, si el Grupo decidiera adquirir la Sociedad, sería responsable solidario de la deuda resultante de la infracción tributaria.

### **Los pros y los contras de la regularización de la situación.**

La regularización, que implica un recargo de aproximadamente 150.000 euros según el artículo 27 de la LGT, ofrece una solución más inmediata y menos costosa en comparación con las sanciones potenciales que podrían surgir de la no regularización. Estas sanciones, según el artículo 191 de la LGT, podrían oscilar entre 500.000 y 1.100.000 euros, o incluso más, dependiendo de la gravedad de la infracción, que puede ser calificada como leve, grave o muy grave.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, si no se toman medidas preventivas, la Administración todavía tiene un plazo de dos años, hasta 2025, para iniciar una investigación sobre esta situación. Este período de incertidumbre podría resultar problemático para la Sociedad, ya que estaría expuesta al riesgo de una investigación exhaustiva y a la posibilidad de sanciones significativas.

### **D. Conclusión.**

De no llevarse a cabo ninguna medida preventiva, la mejor respuesta al problema sería la regularización de la situación, ya que tan sólo consistiría en un recargo de 150.000, y se evitaría la posibilidad de incurrir en multas que podrían ir desde los 500.000€ hasta 1.100.000€, o que podrían ser incluso superiores (de nuevo, no se tiene toda la información relativa a la deuda tributaria, o sea que las cantidades mencionadas son puramente orientativas).

Sin embargo, en el apartado 2.1.4 de este informe, se han previsto medidas preventivas que podrían ofrecer una cobertura más amplia ante este escenario, minimizando el riesgo y las consecuencias potenciales de la infracción.

#### **2.1.2. "MOTOPAPI", marca registrada.**

Este apartado analiza las consideraciones legales relacionadas con la protección de las marcas no registradas.

Inicialmente, se aborda la calificación jurídica de la marca de Dña. Rosario, examinando la protección que brinda la Ley de Marcas (la "LM") a las marcas no registradas que son renombradas en España. Se estudia la posibilidad de que Dña. Rosario obtenga protección para su marca bajo condiciones como el reconocimiento y la fama de la marca entre el público relevante.

Posteriormente, se estudia la acción reivindicatoria, explorando los requisitos para ejercerla según la LM, incluyendo la necesidad de probar el uso efectivo de la marca y la acreditación de ser una persona perjudicada.

Finalmente, se examina la acción de nulidad, destacando la importancia de demostrar la mala fe por parte de quien haya registrado una marca similar, y se evalúa la viabilidad de esta estrategia legal para Dña. Rosario.

### **A. Sobre la calificación jurídica de la marca de Dña. Rosario.**

Dña. Rosario no ha registrado su marca. A pesar de esto, el artículo 6.2.d) LM prevé protección para *“las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean “notoriamente conocidas” en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París”*.

Dicho artículo 6 bis expone que los países de la Unión deberán prohibir el uso de marcas que constituyan *“la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares”*. En razón a lo expuesto, la marca notoriamente conocida no registrada es aquella que posee fama y reconocimiento dentro del público interesado por los productos y servicios que distingue, a pesar de no estar registrada en el Estado miembro donde se invoca la protección.

Es decir, que Dña. Rosario podría obtener protección para su marca no registrada en el caso de que probara que su marca posee la suficiente fama y reconocimiento dentro del público interesado por sus productos y servicios, y que existe riesgo de confusión con la marca “MOTOPAPI”.

La defensa de las marcas no registradas puede llevarse a cabo a través de dos vías principales: por un lado, puede llevarse a cabo la acción reivindicatoria prevista por el artículo 2.2 de la LM, y, por otro lado, puede solicitarse la nulidad del registro de la marca que haya sido registrada, si esta fuera idéntica o similar a la suya susceptible de crear confusión. Dichas vías de protección se van a estudiar en los siguientes apartados.

### **B. La acción reivindicatoria.**

#### **Las bases de la acción reivindicatoria son las siguientes:**

El artículo 2.2 de la LM establece que *“cuando el registro de una marca hubiera sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual, la persona perjudicada podrá reivindicar ante los tribunales la propiedad de la marca, si ejercita la oportuna acción reivindicatoria con anterioridad a la fecha de registro o en el plazo de cinco años a contar desde la publicación de éste o desde el momento en que la marca registrada hubiera comenzado a ser utilizada conforme a lo previsto en el artículo 39”*. Además, se especifica que, si como resultado de la acción reivindicatoria se produce un cambio en la titularidad de la marca, los derechos de terceros sobre ella se extinguirán, salvo el derecho a reclamar del transmitente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), núm. 681/2008, de 11 de diciembre estableció que la acción reivindicatoria protege el mejor derecho sobre un signo usado, pero carente de registro, frente a la titularidad marcaria registrada en fraude de terceros. El éxito de esta acción no se basa en la notoriedad de la marca, sino en la mala fe del solicitante.

Para el éxito de la acción reivindicatoria, por lo tanto, no será necesario probar el renombre de la marca, sino que el demandante tendrá que probar el fraude o la violación de norma legal o contractual por parte del titular registral.

**El éxito de la acción reivindicatoria depende de la acreditación de los siguientes factores:**

**El respeto de los plazos.** Existe un plazo de cinco años para el ejercicio de la acción, considerado de caducidad según la jurisprudencia.

En el caso concreto, no se tiene información sobre cuándo Dña. Rosario comenzó a usar su marca, tan sólo se tiene información relativa al registro de la marca por parte de la Sociedad. En el caso de que haya caducado el plazo, Dña. Rosario no podrá ejercitar esta acción. En el caso contrario, Dña. Rosario tendrá derecho de ejercitar la acción de reivindicación.

**El uso efectivo de la marca.** Para demostrar que existe una violación de su derecho, Dña. Rosario tendrá que probar que ha hecho uso real y efectivo de su marca, según lo establecido por el artículo 39 LM, que prevé un plazo de cinco años para que la marca sea objeto de un *“uso efectivo en España para los productos o servicios para los cuales esté registrada”*.

En relación con esta prueba de uso, la División de Anulación de la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (la EUIPO) determinó en su caso Big Mac que, para determinar que existe uso efectivo, este *“no puede probarse mediante probabilidades o presunciones, sino que debe basarse en elementos concretos y objetivos que acrediten una utilización efectiva y suficiente de la marca en el mercado de que se trate”*. La EUIPO determinó que tal utilización no puede acreditarse de forma efectiva si toda la prueba aportada tiene su origen en la parte afectada.

En el caso concreto, Dña. Rosario ha hecho hincapié en el hecho de que su marca ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca, que podrían resultar prueba de uso. Según Dña. Rosario, dicha inversión ha sido de *“más de 10 millones de euros sólo en España”*. Sin embargo, para probar que ha hecho uso real y efectivo de su marca, sería necesario que probara que dicha inversión ha tenido lugar durante los últimos cinco años. Esto tendrá que hacerlo de acuerdo con las medidas establecidas por la EUIPO, es decir, que deberá basarse en *“elementos concretos y objetivos que acrediten una utilización efectiva y suficiente de la marca en el mercado de que se trate”*.

**Acreditación de que se es persona perjudicada.** Según el artículo 2.2 LM, el perjuicio debe consistir en el fraude de los derechos del interesado o en la violación de una obligación legal o contractual.

Para ejercitar con éxito una acción reivindicatoria, Dña. Rosario necesitaría presentar evidencias claras de cómo el registro de la marca por la otra parte le ha causado un perjuicio directo. Esto podría incluir la confusión en el mercado, pérdida de negocios, daño a su reputación, etc.

**La acreditación de que la marca registrada y la marca usada coinciden en su parte distintiva.** Según el Tribunal Supremo en sus sentencias del 5 de octubre de 2007 y del 30 de julio de 2013, basta con la *“identidad sustancial”* para ejercitar la acción.

En este caso, falta información con respecto a la marca de Dña. Rosario, y no es posible determinar con claridad si existe una verdadera coincidencia en la parte distintiva de dicha marca. Sabemos que existe entre las dos marcas una supuesta *“similitud fonética y de aspecto visual (apenas dos letras de diferencia)”*. Sin embargo, esto no significa que entre las marcas exista una identidad sustancial. No está claro, por lo tanto, que exista suficiente similitud entre ambas marcas como para que exista entre ellas un conflicto.

### **La viabilidad de este cauce de defensa para Dña. Rosario.**

A pesar de que la acción reivindicatoria ofrece un camino potencial para la defensa de los derechos de marca de Dña. Rosario, su éxito dependerá de su capacidad para demostrar el cumplimiento de los criterios legales detallados en los párrafos anteriores. La falta de registro de su marca, la necesidad de probar el uso efectivo y la identidad sustancial con la marca registrada, y la demostración de fraude o violación de un deber legal o contractual por parte del titular registral son desafíos significativos que Dña. Rosario enfrentará en este proceso.

#### **C. La acción de nulidad.**

##### **Las bases de la acción de nulidad son las siguientes:**

Las bases de la acción de nulidad según el artículo 51.1.b) de la Ley de Marcas (LM) establecen que el registro de una marca puede ser declarado nulo si el solicitante actuó de mala fe al momento de presentar la solicitud de marca.

Para que Dña. Rosario pueda ejercitar esta acción con éxito, deberá ser capaz de demostrar la existencia de mala fe por parte de la Sociedad al registrar la marca “MOTOPAPI”.

##### **El éxito de la acción de nulidad depende de la acreditación de la mala fe:**

Primero, Dña. Rosario tendría que probar que la Sociedad tenía conocimiento previo de la existencia de su marca. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), específicamente en el caso Lindt (asunto C-529/07), el mero conocimiento de la existencia de otros signos similares en el momento del registro no es suficiente para establecer la existencia de mala fe.

Además del conocimiento previo, es esencial considerar la intención del solicitante en el momento de presentar el registro. La mala fe podría ser evidente si se demuestra que el objetivo del registro de la marca era específicamente impedir la entrada de un tercero en el mercado o perjudicarlo de alguna manera.

En el caso de Dña. Rosario y la Sociedad que registró “MOTOPAPI”, parece que no hay pruebas claras de que la Sociedad haya registrado la marca con mala fe. No hay indicaciones de que la Sociedad haya intentado impedir la entrada de terceros en el mercado ni que haya tenido una intención maliciosa detrás del registro de su marca. Además, el uso de la marca por parte de la Sociedad parece estar alineado con sus intereses comerciales legítimos y sin intención de perjudicar a terceros.

##### **La viabilidad de este cauce de defensa para Dña. Rosario.**

En ausencia de pruebas concretas que demuestren una intención maliciosa o un daño deliberado hacia Dña. Rosario por parte de la Sociedad al registrar “MOTOPAPI”, la viabilidad de la acción de nulidad basada en mala fe parece ser limitada. La falta de pruebas de una intención específica para perjudicar a Dña. Rosario o de un esfuerzo deliberado para impedir su entrada en el mercado hace que sea difícil para Dña. Rosario prevalecer en una acción de nulidad basada en el artículo 51.1.b) de la LM.

#### **D. Conclusión.**

Aunque existen vías legales para la protección de la marca de Dña. Rosario, como la acción reivindicatoria y la acción de nulidad, la viabilidad de estas acciones parece limitada bajo las circunstancias actuales.

La acción reivindicatoria, aunque potencialmente útil, depende de la capacidad de Dña. Rosario para cumplir con una serie de criterios específicos, como el respeto de plazos, el uso efectivo de la marca y la acreditación de un perjuicio directo debido a la violación de derechos. Además, la falta de información clara sobre la similitud sustancial entre las marcas en disputa complica aún más esta opción.

Por otro lado, la acción de nulidad enfrenta obstáculos significativos, principalmente la dificultad de probar la mala fe por parte de la Sociedad que registró la marca “MOTOPAPI”. La falta de evidencia de una intención maliciosa o de un esfuerzo deliberado por parte de la Sociedad para perjudicar a Dña. Rosario o impedir su entrada en el mercado disminuye las posibilidades de éxito en esta línea de defensa.

En conclusión, la defensa de la Sociedad dependerá de su capacidad para demostrar buena fe en el registro y uso de su marca, diferenciación clara de la marca de Dña. Rosario, y la legitimidad y autonomía de su uso comercial de la marca “MOTOPAPI”.

### **2.1.3. Despido de D. Patricio Quevedo**

Este apartado explora el despido de D. Patricio por parte de la Sociedad. Se analizará primero la normativa aplicable al despido, considerando tanto el Real Decreto de Alta Dirección como el Estatuto de los Trabajadores, y cómo estos marcos legales influyen en la decisión de la Sociedad de despedir a D. Patricio, quien se desempeña como Director General en las Islas Canarias.

Posteriormente, se discutirá la indemnización aplicable en caso de despido, evaluando las diferencias en la compensación según sea aplicable el despido objetivo del Estatuto de los Trabajadores o si se rige por el Real Decreto de Alta Dirección, dada la falta de especificidad en el contrato de D. Patricio.

#### **A. Sobre la normativa aplicable al despido.**

##### **El Real Decreto de Alta Dirección.**

El Real Decreto de Alta Dirección y el Estatuto de los Trabajadores proporcionan un marco legal para la extinción de contratos de altos directivos en España. En el caso de D. Patricio y su contrato con la Sociedad, el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, de Alta Dirección (el “RD 1382/1985”) es aplicable. Este decreto establece dos tipos principales de extinción de contrato por parte del empresario.

El primer tipo, según el artículo 11 del RD 1382/1985, permite la extinción del contrato por voluntad del empresario. Esta puede ser por desistimiento del empresario o por incumplimiento grave y culpable del alto directivo. El segundo tipo, establecido en el artículo 12 del RD 1382/1985, indica que la relación laboral especial puede extinguirse por causas y mediante procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

En este contexto, la Sociedad desea despedir a D. Patricio, quien es Director General en las Islas Canarias, por causas económicas, específicamente debido a una pérdida de cuota de mercado. Por tanto, el artículo 12 del RD 1382/1985 se ajusta mejor a las necesidades de la Sociedad, ya que permite recurrir al Estatuto de los Trabajadores.

### **El Estatuto de los Trabajadores.**

El Estatuto de los Trabajadores (el “ET”), en sus artículos 51 y 52, regula la extinción del contrato por causas objetivas, incluyendo económicas, técnicas, organizativas o de producción. El artículo 51.1 define las causas económicas como una situación negativa derivada de pérdidas actuales o previstas, o una disminución persistente de ingresos o ventas. Se considera una disminución persistente si durante tres trimestres consecutivos, los ingresos o ventas son inferiores a los del mismo trimestre del año anterior.

Sin embargo, en el caso específico de la Sociedad en las Islas Canarias, no hay suficiente información sobre su situación económica para determinar si se cumplen los requisitos del Estatuto de los Trabajadores. Si se pudiera aplicar el artículo 51 del Estatuto, sería posible despedir a D. Patricio por causas económicas objetivas. De no ser así, se debería recurrir al artículo 11 del RD 1382/1985 para la extinción del contrato.

Por lo tanto, la decisión de despedir a D. Patricio por causas económicas depende de la evaluación detallada de la situación económica de la Sociedad en las Islas Canarias y de la aplicabilidad de las disposiciones relevantes del Estatuto de los Trabajadores y del RD 1382/1985.

### **B. Sobre la indemnización aplicable al despido.**

#### **En el caso de que el despido objetivo del ET fuera aplicable.**

El artículo 53 del ET establece que, en caso de un despido por causas objetivas, la empresa debe entregar al trabajador una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un límite de doce mensualidades.

Para D. Patricio, que lleva dos años y ocho meses trabajando para la Sociedad, esto se traduce en una indemnización de 53 días de salario. Aunque no se disponen datos sobre su remuneración exacta, se puede afirmar que la indemnización sería probablemente inferior a 900.000€, dada la duración de su servicio.

#### **En el caso de que el despido objetivo del ET no fuera aplicable.**

Si el despido objetivo del Estatuto de los Trabajadores (ET) no fuera aplicable, la situación se regiría entonces por lo establecido en el Real Decreto 1382/1985 de Alta Dirección, especialmente en lo referente al artículo 11. Este artículo contempla la extinción del contrato por voluntad del empresario, ya sea por desistimiento o por incumplimiento grave y culpable del alto directivo, y estipula que en tales casos el alto directivo debe ser indemnizado conforme a las cuantías pactadas en el contrato.

En el caso específico de D. Patricio, su contrato establece claramente que la indemnización en caso de despido será de 900.000€. Importante destacar es que el contrato no diferencia entre los tipos de despido, es decir, no distingue si la indemnización se aplica en caso de

desistimiento por parte del empresario o por incumplimiento grave y culpable por parte del alto directivo. Esto sugiere que, independientemente de la naturaleza del despido, D. Patricio tendría derecho a una indemnización de 900.000€.

### **C. Conclusión.**

En conclusión, en el caso de D. Patricio, la elección entre el RD 1382/1985 y el ET y la consiguiente determinación de indemnización dependen de la naturaleza específica del despido y de la situación económica de la empresa.

Si el despido se basa en causas objetivas según el ET, la indemnización se calcula según la fórmula del artículo 53 del ET, probablemente resultando en una cantidad inferior a 900.000€.

Si, por otro lado, el despido no se ajusta a los criterios del ET, se aplica el RD 1382/1985, donde la indemnización acordada en el contrato de D. Patricio, en este caso 900.000€, sería la cantidad correspondiente.

#### **2.1.4. Mecanismos contractuales de protección.**

Este apartado aborda estrategias legales y mecanismos de protección en el contexto de operaciones de fusiones y adquisiciones, específicamente en relación con la doctrina de los actos propios y su aplicación práctica.

Se examina cómo esta doctrina afecta la responsabilidad y la gestión de contingencias conocidas en una transacción, particularmente en casos que involucran responsabilidades fiscales, disputas de marca y acuerdos de indemnización por despido.

Además, se discuten en detalle las cláusulas de Representaciones y Garantías (R&W), las Indemnities y el uso de fondos Escrow, proporcionando un análisis de cómo estos mecanismos pueden ser efectivamente implementados para abordar y mitigar riesgos específicos.

#### **A. Sobre la doctrina de los actos propios.**

##### **Qué es la doctrina de los actos propios.**

La doctrina de los actos propios se fundamenta en la premisa de que la conducta de una parte en una relación contractual no solo debe ser coherente sino también estar alineada con los principios de buena fe y confianza mutua. Esta doctrina, arraigada en el artículo 7.1 del Código Civil, establece que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". En esencia, prohíbe a una parte actuar de manera que contradiga sus declaraciones o comportamientos previos.

El Tribunal Constitucional define esta doctrina como una regla que prohíbe ir contra los propios actos (*venire contra factum proprium*). Según la STC núm. 73/1988, de 21 de abril, esta doctrina implica una vinculación del autor de una declaración de voluntad, usualmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma. Además, establece la imposibilidad de adoptar comportamientos contradictorios, fundamentándose en la protección de la confianza legítimamente depositada en el comportamiento de los demás y en el deber de coherencia impuesto por la buena fe.

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 77/1999, de 30 de enero, profundiza en esta doctrina, estableciendo que para alegar su infracción es necesario probar un quebranto del deber de coherencia en los comportamientos. Los actos propios deben ser inequívocos, creando, definiendo, modificando o extinguiendo una situación jurídica precisa, y no deben generar incompatibilidad o contradicción entre la conducta previa y la actual.

### **La aplicación de la doctrina de los actos propios al caso concreto.**

Aplicando esta doctrina al caso específico de la revisión legal de la Sociedad por parte del Grupo, se identificaron tres posibles contingencias: responsabilidades fiscales de la Sociedad, posibles acciones legales en relación con la marca “MOTOPAPI” y la indemnización derivada del posible despido de D. Patricio. En este escenario, si el Grupo decide proceder con la adquisición de la Sociedad y posteriormente alguna de estas contingencias se materializa, no podría argumentar que hubo ocultación por parte de la Sociedad, ya que todas estas contingencias eran conocidas de antemano.

Así, en virtud de la doctrina de los actos propios, el Grupo no podría alegar la existencia de vicios ocultos en la operación de compraventa para deslindar responsabilidades o buscar indemnizaciones por estas contingencias conocidas. Hacerlo constituiría un comportamiento contradictorio con la información adquirida durante el proceso de due diligence y vulneraría el principio de buena fe. Por lo tanto, si alguna de estas contingencias llega a manifestarse, el Grupo no podrá exigir responsabilidad a la Sociedad por ellas, sino que deberá buscar otros mecanismos jurídicos para protegerse de las posibles consecuencias.

## **B. Los mecanismos jurídicos de protección aplicables a cada contingencia.**

### **Contingencia fiscal.**

En este caso, la estrategia óptima consistiría en la implementación de una combinación de cláusulas de Representaciones y Garantías (R&W) y de Indemnities. A continuación, se detalla cómo se aplicarían estas cláusulas:

**Las cláusulas de R&W** son declaraciones factuales diseñadas para convencer al comprador de firmar un contrato de compraventa. Estas cláusulas desempeñan un doble papel: por un lado, proporcionan información relevante sobre la entidad en cuestión; por otro, garantizan la veracidad de la información suministrada.

En lo que respecta a la contingencia fiscal de la Sociedad, una cláusula de R&W podría brindar una protección significativa al Grupo. Esta cláusula debería describir con precisión la infracción fiscal cometida por la Sociedad, enfatizando específicamente la omisión en la declaración de ingresos que superan el millón de euros.

**Por otro lado, las Indemnities, o cláusulas de indemnización**, son acuerdos contractuales mediante los cuales una parte (el indemnizador) se compromete a compensar a la otra (el indemnizado) por ciertas pérdidas, daños o responsabilidades específicas.

Al haber identificado la contingencia fiscal en la cláusula de R&W, esta misma contingencia puede ser estructurada para ser objeto de indemnización, cubriendo cualquier pérdida financiera resultante. En consecuencia, si las contingencias fiscales llegaran a materializarse,

el vendedor asumiría la responsabilidad de compensar todos los costos asociados, incluyendo el capital, las multas y los recargos adicionales.

Antes de finalizar el acuerdo, es esencial que el Grupo evalúe cuidadosamente la relación entre la potencial multa que podría imponer la Administración y el precio total de adquisición de la Sociedad. Este análisis es clave para determinar si es beneficioso establecer una cláusula de indemnización. Si la multa potencial representa una proporción relativamente pequeña del precio total de la transacción, podría no ser estratégicamente ventajoso para el Grupo insistir en una indemnización. Por otro lado, si la multa posible es significativa en relación con el costo total de la operación de compraventa, entonces establecer una indemnización se convierte en una medida prudente y necesaria para el Grupo.

### **La marca “MOTOPAPI”.**

En relación con la marca "MOTOPAPI", la estrategia más adecuada sería adoptar una combinación de cláusulas de Representaciones y Garantías (R&W) y de Indemnities, similar al enfoque utilizado para la contingencia fiscal.

**Para la cláusula de R&W**, se debería especificar que existe la posibilidad de una disputa legal por parte de Dña. Rosario sobre la titularidad o uso de la marca “MOTOPAPI”. Esta cláusula tendría como objetivo informar al Grupo sobre el riesgo legal existente y reconocer explícitamente la situación actual de la marca.

Adicionalmente, sería prudente **complementar la cláusula de R&W con una Indemnity**. Esta cláusula de indemnización debería proteger los intereses del Grupo en caso de que Dña. Rosario prevalezca en su acción legal. En tal situación, el vendedor asumiría la responsabilidad de compensar al Grupo por todas las pérdidas asociadas a la disputa de la marca. Esto incluiría los costos legales, daños, perjuicios y cualquier compensación monetaria ordenada por el tribunal a favor de Dña. Rosario. Asimismo, esta indemnización debería extenderse a cubrir los gastos de rebranding o cualquier otra acción correctiva que el Grupo deba implementar como consecuencia del fallo judicial.

No obstante, antes de optar por hacer esta contingencia objeto de indemnización, es crucial que el Grupo evalúe si esta decisión es conveniente dentro del marco de la operación de compraventa de la Sociedad. La importancia de incluir una cláusula indemnizatoria radica principalmente en el valor significativo de la marca “MOTOPAPI” en el mercado, de tal manera que perderla resultaría altamente perjudicial para la Sociedad. Además, podría ser conveniente incluir la indemnización si los costos asociados a un litigio potencial con Dña. Rosario son considerables en comparación con el precio total de la adquisición. En caso contrario, es posible que al Grupo no le resulte beneficioso hacer la contingencia objeto de indemnización.

### **El despido de D. Patricio.**

En el caso de D. Patricio, la combinación de R&W e Indemnities no sería la mejor solución para la protección de la sociedad.

En este caso podría introducirse una **cláusula R&W** que detallara la situación contractual actual de D. Patricio, incluyendo los términos del acuerdo de indemnización en caso de despido. Pero, dado que en este caso la cláusula de R&W tiene una función puramente informativa y no de garantía, al no existir ningún incumplimiento por parte de la Sociedad, ni

ningún litigio pendiente, no tendría sentido indemnizar esta contingencia a través de una cláusula de Indemnities. Lo mejor, por lo tanto, sería crear un fondo Escrow.

**Un fondo Escrow** es un contrato trilateral utilizado como garantía para cuestiones inciertas en el momento de ejecutar una transacción. En este contrato, dos partes acuerdan designar a un tercero independiente para mantener un activo, generalmente dinero, en depósito hasta que se cumpla una condición específica. Este tercero luego entrega el dinero a una de las partes según el resultado de la condición. El Escrow puede ser parte de otro contrato o formalizarse de manera independiente.

Para abordar la posible indemnización a D. Patricio, sería apropiado establecer un Fondo Escrow por 900.000€. Este fondo se destinaría a cubrir la indemnización en caso de que el despido objetivo según el Estatuto de los Trabajadores (ET) no pudiera realizarse y se aplicara el despido contemplado en el RD 1382/1985. Los términos de liberación del fondo se definirían de manera que estén condicionados a la efectiva materialización de esta contingencia laboral, asegurando así protección financiera para el Grupo.

### **C. Conclusión.**

En conclusión, para las contingencias identificadas en la revisión legal de la Sociedad, el uso estratégico de cláusulas de Representaciones y Garantías, junto con Indemnities y la creación de un fondo Escrow, ofrece una solución jurídica integral. Estas herramientas legales proporcionan una cobertura efectiva frente a posibles responsabilidades fiscales, disputas de marca y cuestiones de indemnización laboral. Mediante su implementación, el Grupo puede asegurarse de que está protegido adecuadamente, respetando la doctrina de los actos propios y manteniendo la coherencia y buena fe en la transacción de adquisición.

## 2.2. PARTE DOS

### 2.2.1. La distribución de dividendos.

En este apartado se analiza la situación financiera y legal de la Sociedad, la cual se enfrenta a posibles causas de disolución.

Por lo tanto, se comienza con una revisión del patrimonio neto de la sociedad, evaluando elementos como el capital social, las reservas y las pérdidas acumuladas, para determinar si existe causa de disolución legal de acuerdo con lo establecido por la Ley de Sociedades de Capital.

Posteriormente, se propone una solución denominada "operación acordeón", que implica un aumento y reducción simultáneos del capital social.

Finalmente, se aborda la viabilidad de repartir dividendos tras la reestructuración del capital, considerando tanto las restricciones legales como la situación financiera de la sociedad.

#### A. ¿Existe causa de disolución para la Sociedad?

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

Antes de poder determinar si es posible repartir dividendos en la Sociedad, es necesario ver que no concurre ninguna causa de disolución. El artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital (la "LSC"), establece en su apartado e) que las sociedades de capital tendrán que disolverse "*por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social*".

Para determinar si la sociedad está en causa de disolución, es necesario saber, por lo tanto, cuál es su patrimonio neto:

#### **El patrimonio neto de la sociedad.**

En un primer lugar, para determinar el patrimonio neto, tendría que sumarse los siguientes elementos:

- **Capital social** (50 millones de euros).
- **Reserva legal y estatutaria** (30 millones de euros): dado que no se proporcionan dos partidas diferentes para estas reservas, las vamos a considerar como un solo elemento, en vez de dos tipos de reservas diferentes.

- **Reserva voluntaria** (10 millones de euros).
- **Reserva de valorización** (5 millones de euros).
- **Otras aportaciones de socios** (20 millones de euros).
- **Beneficio del último ejercicio** (5 millones de euros).
- **Préstamos participativos** (70 millones de euros). **¿Deben de incluirse?** No se van a sumar al Patrimonio neto los préstamos participativos, ya que según el artículo 20.d) Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio (el “RD 7/1996”), los préstamos participativos sólo se considerarán patrimonio neto “*a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades*”.

A los elementos anteriores deberán restárseles las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, así que el resultado de la operación será el siguiente:

$$50 + 30 + 10 + 5 + 20 + 5 - 130 = - 10 \text{ (patrimonio neto)}$$

Es decir, el patrimonio neto de la sociedad es de -10 millones. Dado que esta cantidad es inferior a la mitad del capital social, cabe afirmar que la sociedad se encuentra en causa de disolución legal. Antes de poder determinar si será posible repartir dividendos será imperativo solucionar esta situación.

Para evitar la disolución de la sociedad, se propone realizar la operación que se va a describir a continuación.

### **B. Aumento y reducción de capital simultáneos: la “operación acordeón”.**

Para arreglar los problemas a los que se está enfrentando la Sociedad, se propone realizar un aumento de capital y una reducción de capital simultáneos, teniendo en cuenta que esta operación está prevista y autorizada por la LSC en sus artículos 343, 344 y 345.

Lo que se va a intentar lograr a través de esta operación es, en un primer lugar, aumentar el capital social, para así, una vez que este haya aumentado, poder realizar una reducción de capital que permita compensar las pérdidas acumuladas.

Para explicar estos aumento y reducción de capital social simultáneos, se va a observar en primer lugar cómo se llevaría a cabo desde un punto de vista puramente patrimonial, y en un segundo lugar se va a explicar cómo se formalizaría la operación, de acuerdo con lo dispuesto por la LSC.

#### **La operación desde un punto de vista patrimonial.**

En primer lugar, se tendría que **aumentar el capital social**. Para lograrlo, tendrán que sumársele todas las reservas de la sociedad. Si no se hiciera esto, entonces luego no sería posible llevar a cabo la reducción de capital por pérdidas, ya que el artículo 322.1 de la LSC

prohíbe que tenga lugar una reducción de este tipo si la sociedad cuenta con cualquier clase de reservas. De esta manera, el capital social pasaría a ser de 95 millones.

$$50 + 30 + 10 + 5 = 95 \text{ (Capital Social)}$$

Este aumento de capital tendría que seguirse de una **reducción de capital**, dejando el capital social en 10 millones.

$$95 - 85 = 10 \text{ (Capital Social)}$$

Con los 85 millones de euros restantes de la reducción de capital social, se podrían compensar las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores. De esta manera, las pérdidas que antes consistían en -130 millones, quedarán reducidas a -45 millones.

$$85 - 130 = -45 \text{ (Pérdidas acumuladas)}$$

Tras haber realizado estas operaciones, es necesario comprobar cuál es la relación del patrimonio neto con el capital social, para saber si la empresa continúa incurriendo en causa de disolución o no. Por lo tanto, se procederá a la suma de los siguientes elementos:

- **Capital social** (10 millones de euros).
- **Otras aportaciones de socios** (20 millones de euros).
- **Beneficio del último ejercicio** (5 millones de euros).
- **Préstamos participativos** (70 millones de euros): estos préstamos pueden tenerse en cuenta para el cálculo del patrimonio neto en este caso, ya que tal y como determina el artículo 20.1.d) del RD 7/1996, esta clase de préstamos se consideran patrimonio neto a los efectos de la reducción de capital.

A dichos elementos se les restarán las pérdidas acumuladas de otros ejercicios, y se llegará al siguiente resultado:

$$10 + 20 + 5 + 70 - 45 = 60 \text{ (Patrimonio neto)}$$

Como se expresó anteriormente, para que la Sociedad esté en causa de disolución, el patrimonio neto debe ser inferior a la mitad del capital social. En este caso, dado que la mitad del capital social es 5 millones, y el patrimonio neto es de 60 millones, está claro que la Sociedad no incurre en causa de disolución alguna.

### **La operación desde un punto de vista legal.**

#### **El aumento de capital social.**

Se llevará a cabo de acuerdo con lo estipulado en el artículo 303 de la LSC, ya que se trata de un aumento de capital con cargo a reservas. Dado que no aumentará el número de acciones en la sociedad, tan sólo será necesario aumentar el valor nominal de las acciones ya existentes.

Para llevar a cabo esta operación el artículo 303.2 LSC determina que será necesario utilizar un balance aprobado por la junta general en los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento de capital, verificado por el auditor de cuentas de la sociedad, o por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores (esto último aplicaría si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable).

El acuerdo de aumento se adoptará por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales (art. 296.1 LSC). Esto significa que, de acuerdo con el artículo 199.a) de la LSC, deberá adoptarse el acuerdo por mayoría reforzada: *“el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social”*.

#### **La reducción del capital social.**

La reducción de capital en este caso concreto tendrá como finalidad reestablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto, el cual se encuentra disminuido por consecuencia de pérdidas acumuladas (art. 317 LSC).

El artículo 320 establece que, en casos de reducción del capital social por pérdidas, será necesario que la reducción afecte por igual a todas las participaciones sociales, pero respetando los privilegios que existan.

Al igual que para la realización del aumento de capital, será necesario contar con un balance en fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, y también deberá ser verificado por el auditor de cuentas de la sociedad y estar aprobado por la junta general.

El acuerdo de reducción debe acordarse, al igual que el de aumento, por junta general con los requisitos de la modificación de estatutos, como se ha explicado en el apartado anterior. Este acuerdo deberá expresar la cifra de reducción del capital, la finalidad de la reducción, el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo y el plazo de ejecución.

#### **Las especialidades de la reducción y el aumento de capital simultáneos.**

Existen dos especialidades de esta clase de operaciones que afectan a este caso concreto. En primer lugar, aplica el artículo 344 LSC, que determina que la eficacia del acuerdo de reducción quedará condicionada, en su caso, a la ejecución del acuerdo de aumento de capital. En segundo lugar, aplicará la norma del artículo 345 LSC, la cual indica que la inscripción del acuerdo de

reducción en el Registro Mercantil no podrá practicarse “a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el acuerdo de [...] aumento de capital, así como [...] su ejecución”.

### **C. El reparto de dividendos.**

Una vez la Sociedad no esté incurriendo en causa de disolución, será posible estudiar la posibilidad de repartir dividendos.

Para ello, es necesario referirse al artículo 326 de la LSC, que determina la condición para el reparto de dividendos tras una reducción de capital: “para que la sociedad pueda repartir dividendos una vez reducido el capital, será preciso que la reserva legal alcance el diez por ciento del nuevo capital”.

Dado que tras la reducción de capital y subsiguiente compensación de deudas no quedó ningún excedente, no es posible constituir reservas legales tras realizar la operación. Esto significa que la sociedad no tiene reservas legales por el momento, y, por consiguiente, no cumple los requisitos establecidos por el artículo 326 LSC. Es decir: no se pueden repartir dividendos.

### **D. Conclusión.**

En conclusión, a pesar de poder evitar la disolución mediante la "operación acordeón", la Sociedad se encuentra imposibilitada para repartir dividendos.

Esta limitación se debe a la falta de reservas legales, que resultan ser un requisito esencial según el artículo 326 de la Ley de Sociedades de Capital. La operación propuesta, aunque eficaz para reequilibrar el patrimonio neto y el capital social, no generaría excedentes suficientes para constituir dichas reservas.

### **2.2.2. El nuevo miembro del Consejo de Administración**

Este apartado analiza la situación de Don Omar, un socio minoritario con una gran participación en la Sociedad, y su propuesta de nombramiento de D. Lewis García como miembro del Consejo de Administración. Se exploran las posibles acciones que Don Omar puede tomar en caso de una respuesta negativa a su propuesta, incluyendo la impugnación del acuerdo y la interposición de acciones contra los administradores de responsabilidad por infracción del deber de lealtad.

También se examina el derecho de información de Don Omar en el contexto de la sociedad limitada Producciones Gasolina, analizando la capacidad de solicitar información relevante a la administración de la empresa y las condiciones bajo las cuales esta información debe ser proporcionada o puede ser legítimamente retenida. Este análisis se fundamenta en las disposiciones del Artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital y la jurisprudencia pertinente, reflejando la importancia de equilibrar los derechos de información de los socios con la protección de los intereses corporativos de la sociedad.

Además, se aborda la posibilidad de denegar la información solicitada por Don Omar y se detallan los plazos y formas para aportar tal información, destacando la obligación del órgano de administración de proporcionar información completa y oportuna a los socios antes de la celebración de la junta general.

**A. Sobre la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como miembro del Consejo de Administración, la impugnación del eventual acuerdo negativo del Consejo de Administración y la interposición de acciones de responsabilidad por infracción del deber de lealtad.**

La gestión y gobernanza corporativa en cualquier sociedad requiere un equilibrio entre los intereses de los socios y la legalidad de las decisiones tomadas por el Consejo de Administración. Este equilibrio se ve desafiado cuando surgen conflictos, como en el caso de Don Omar, un socio minoritario con un 25% del capital social de una empresa, quien ha propuesto el nombramiento de D. Lewis García como miembro del Consejo de Administración.

Don Omar, enfrentándose a una posible negativa, plantea la impugnación de tal decisión y la posibilidad de emprender acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración por infracción del deber de lealtad.

A continuación, va a estudiarse la validez de las peticiones y amenazas de D. Omar, según lo establecido por la Ley de Sociedades de Capital.

**El complemento a la convocatoria de la Junta.**

Según el Artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, el derecho a solicitar el complemento de la convocatoria de la junta general es aplicable a las sociedades anónimas, pero no menciona explícitamente a las sociedades de responsabilidad limitada.

En este contexto, la posibilidad de Don Omar de complementar el orden del día dependerá de lo que estipulen los estatutos de la sociedad. Si los estatutos permiten que los socios con más del 25% del capital social realicen complementos al orden del día, entonces Don Omar estaría en su derecho de hacerlo. Por otro lado, si los estatutos no mencionan esta posibilidad o se adhieren estrictamente a lo establecido por la ley para sociedades limitadas, Don Omar no tendría la facultad de realizar este complemento de la convocatoria según lo establecido por la ley.

**El nombramiento de los miembros del Consejo de Administración.**

En relación con el nombramiento de miembros del Consejo de Administración y el caso de Don Omar y D. Lewis García, es importante aclarar el alcance del Artículo 243 de la Ley de Sociedades, conocido como el Sistema de representación proporcional.

Según el Artículo 243, en la sociedad anónima, las acciones que se agrupen voluntariamente hasta alcanzar una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir el capital social total por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar a los administradores que correspondan a la proporción que superen. Esto significa que, en una sociedad anónima, si un conjunto de accionistas agrupa una cantidad suficiente de acciones, pueden exigir el nombramiento de un miembro del Consejo de Administración que represente esa proporción del capital social.

En el caso específico mencionado, Don Omar se basa en este artículo para justificar la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como administrador, argumentando que, dado que el Consejo de Administración está compuesto por cinco administradores, su participación del 25% le otorga el derecho a designar un miembro del consejo.

Sin embargo, es crucial señalar que esta disposición se aplica a las sociedades anónimas y no necesariamente a las sociedades de responsabilidad limitada, a menos que los estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada específicamente prevean una disposición similar. Por lo tanto, a menos que los estatutos de la Sociedad en cuestión contengan una cláusula que permita esta forma de representación proporcional, las intenciones de Don Omar de nombrar a D. Lewis García basándose únicamente en su participación del 25% no serían aplicables en una sociedad de responsabilidad limitada.

### **La impugnación del eventual acuerdo negativo.**

En el contexto del conflicto planteado por Don Omar en relación con la propuesta de nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración, y su amenaza de impugnar un posible acuerdo negativo de la junta de socios, es fundamental comprender los artículos pertinentes de la Ley de Sociedades de Capital que regulan la impugnación de acuerdos.

El Artículo 251 establece que los administradores, así como los socios que representen al menos un uno por ciento del capital social, pueden impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración dentro de un plazo de treinta días desde su adopción. En este caso, Don Omar, al poseer un 25% del capital social, supera claramente el umbral del uno por ciento, otorgándole la legitimidad para impugnar un acuerdo negativo respecto a su propuesta.

Por otro lado, el Artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital regula los acuerdos impugnables, estableciendo que son aquellos que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad, o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Esto significa que, si el acuerdo de no nombrar a D. Lewis García como administrador contraviniera los estatutos de la sociedad o lesionase el interés social, Don Omar tendría una base sólida para su impugnación.

Si los estatutos de la sociedad permiten que los socios minoritarios puedan designar a miembros del Consejo de Administración, como lo estipula el artículo 243 de la Ley de Sociedades, entonces Don Omar tendría una justificación legal clara para impugnar un acuerdo que niegue el nombramiento de D. Lewis García. En cambio, si los estatutos no contemplan esta posibilidad, a pesar de que Don Omar tiene la legitimidad para impugnar el acuerdo, carecería de una causa justificada según lo establecido por el artículo 204, y, por lo tanto, su impugnación no prosperaría.

### **Las acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración por infracción del deber de lealtad.**

En el contexto del conflicto generado por Don Omar en la Sociedad, respecto a su propuesta de nombramiento de D. Lewis García como miembro del Consejo de Administración y su amenaza de impugnar un eventual acuerdo negativo y de interponer acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administración, es esencial analizar los artículos relevantes de la Ley de Sociedades.

El Artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital establece que los administradores son responsables ante la sociedad, los socios y los acreedores sociales por los daños causados por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o por aquellos realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. La culpabilidad se presume en casos donde el

acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. Dado que Don Omar es socio y posee un 25% del capital social, está claro que puede exigir responsabilidad a los administradores si demuestra que estos han actuado de manera contraria a la ley o a los estatutos.

El Artículo 239 LSC complementa esta disposición al permitir que un socio, o un grupo de socios, que posean una participación suficiente para solicitar la convocatoria de la junta general, puedan entablar una acción de responsabilidad en defensa del interés social. Esta acción puede ejercerse directamente cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Por lo tanto, Don Omar tiene la posibilidad de ejercer directamente una acción de responsabilidad si argumenta que la negativa al nombramiento de D. Lewis García constituye una infracción del deber de lealtad.

Finalmente, el Artículo 168 de la Ley indica que los administradores deben convocar la junta general cuando lo soliciten socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social. Don Omar, con su participación del 25%, tiene claramente la capacidad de solicitar una junta para tratar asuntos específicos, incluida la discusión sobre su propuesta de nombramiento y cualquier acción relacionada con la responsabilidad de los administradores.

El Artículo 227 LSC de la Ley de Sociedades de Capital establece que los administradores deben desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, actuando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. La infracción de este deber de lealtad conlleva la obligación de indemnizar por el daño causado al patrimonio social y devolver el enriquecimiento injusto obtenido.

El Artículo 228 LSC establece las obligaciones derivadas del deber de lealtad, incluyendo la obligación de los administradores de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Sin embargo, se excluyen de esta obligación los acuerdos o decisiones que afecten al administrador en su condición de tal, como su designación o revocación.

En este contexto, Don Omar podría argumentar que los administradores infringen el deber de lealtad al negarse a nombrar a D. Lewis García, sugiriendo que existe un conflicto de intereses en su decisión. No obstante, dado que el Artículo 228 establece una excepción para los acuerdos que afecten a los administradores en su condición de tales, incluyendo su designación o revocación, es probable que la acción de Don Omar no prospere.

### **2.2.3. El derecho de información de Don Omar**

El presente apartado versa sobre el derecho de información de los socios en sociedades de responsabilidad limitada, concretamente en el caso de Producciones Gasolina S.L., donde Don Omar es socio mayoritario.

En primer lugar, se analizará la posibilidad de que el órgano de administración deniegue la información solicitada por Don Omar. En segundo lugar, se abordarán los plazos y la forma en que debe proporcionarse la información.

#### **A. Sobre la posibilidad de denegarle a Don Omar la información solicitada.**

Según el Artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital, en sociedades de responsabilidad limitada como Producciones Gasolina, los socios tienen derecho a solicitar informes o aclaraciones sobre los asuntos del orden del día, ya sea por escrito antes de la junta general o verbalmente durante la misma. Este derecho obliga al órgano de administración a proporcionar la información requerida, salvo que, en su criterio, dicha divulgación perjudique el interés social. No obstante, si los socios que solicitan la información representan al menos el 25% del capital social, como es el caso de Don Omar, la ley restringe la posibilidad de denegar dicha solicitud (art. 196.2 LSC).

La jurisprudencia ha reafirmado el carácter irrenunciable y esencial del derecho de información para una gestión transparente y una toma de decisiones informada, estableciendo límites a este derecho solo cuando su ejercicio pueda perjudicar a la sociedad (SAP de Almería, Sección 2ª, núm. 78/2014 de 27 de marzo).

En caso de denegación injustificada de información, Don Omar podría impugnar tal decisión según el Artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, que faculta a los socios a impugnar acuerdos sociales contrarios a la ley, los estatutos o los intereses de la sociedad.

### **B. Sobre los plazos y forma para aportar tal información.**

Respecto a los plazos y la forma de entregar la información, el Artículo 196 LSC dictamina que debe ser proporcionada de manera oportuna, permitiendo a los socios, como Don Omar, prepararse adecuadamente para la junta general. La SAP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 496/2014 de 18 de diciembre, recalca que no facilitar la información requerida antes de la junta constituye una infracción del derecho de información.

En el caso de Don Omar, la información debería ser proporcionada con al menos un mes de antelación a la celebración de la junta, para que tenga tiempo suficiente para prepararse.

La forma en que se proporciona la información también es importante. La información debe ser proporcionada de forma clara y concisa, de modo que los socios puedan entenderla fácilmente.

En el caso de Don Omar, la información podría ser proporcionada en forma de documento escrito, en formato digital o en formato físico.

### **C. Conclusión.**

En conclusión, el cumplimiento del derecho de información de los socios es una obligación fundamental del órgano de administración de la Sociedad.

Dicho órgano debe proporcionar información completa y oportuna a los socios antes de la celebración de la junta general, de acuerdo con los plazos y la forma establecidos en la ley. La falta de cumplimiento de esta obligación no solo infringe la normativa vigente, sino que también pone en riesgo la validez de los acuerdos adoptados en la junta.

## 2.3. PARTE TRES

### 2.3.1. Summer Sound, S.L.U.

En este apartado, se abordarán dos aspectos claves relacionados con la gestión y reestructuración de algunas de las empresas del Grupo.

Primero, exploraremos las opciones disponibles para que Producciones Gasolina adquiera el control total de Summer Sound Barcelona, S.L.U. Analizaremos en detalle dos posibles estrategias: la fusión indirectamente participada, que implica la fusión de la empresa matriz con una subfilial, y una alternativa que consiste en una fusión seguida de una escisión.

En segundo lugar, detallaremos los pasos necesarios para la liquidación de Summer Sound, S.L.U., asumiendo que no existen deudas ni créditos pendientes. Este proceso se desglosará en varias fases: la disolución de la sociedad, el período de liquidación, la división del patrimonio social entre los socios y, finalmente, la extinción formal de la sociedad. Cada etapa será explicada en concordancia con las disposiciones relevantes de la Ley de Sociedades de Capital, asegurando una comprensión clara y completa del procedimiento a seguir.

#### **A. Sobre las opciones para que la sociedad controle al 100% Summer Sound Barcelona, S.L.U.**

Existen varias posibilidades para lograr que la sociedad Summer Sound Barcelona, S.L.U. quede integrada en Producciones Gasolina.

#### **La fusión indirectamente participada.**

Una fusión indirectamente participada es un tipo específico de fusión empresarial donde una empresa matriz se fusiona con una subfilial, es decir, una empresa que está bajo su control, pero a través de una filial intermedia. En este tipo de fusión, la empresa "abuela" (la matriz) se fusiona con su empresa "nieta" (la subfilial), saltándose la filial "madre" que normalmente estaría en medio de ambas en la estructura corporativa.

Esta operación es peculiar porque no sigue el camino convencional de fusión, donde una empresa matriz se fusiona directamente con su filial. En lugar de eso, la matriz se fusiona con una empresa que está un nivel más abajo en la jerarquía corporativa, omitiendo el nivel intermedio. Este tipo de fusión puede ser utilizado por las corporaciones para reorganizar y optimizar sus estructuras empresariales, especialmente cuando ciertas partes de la empresa (como la subfilial en cuestión) están funcionando bien y otras no.

La fusión indirectamente participada entre Producciones Gasolina y Summer Sound Barcelona, S.L.U., como se describe en el Real Decreto-Ley 5/2023, en su Libro Primero, Título I, artículo 56, representa una compleja operación societaria que tiene tanto ventajas como desafíos específicos que deben ser considerados en este caso.

El principal beneficio de esta fusión es la capacidad de reestructurar y optimizar las operaciones de las empresas involucradas. Al absorber directamente a Summer Sound Barcelona, S.L.U., Producciones Gasolina puede integrar las operaciones rentables de la subfilial directamente en su estructura, posiblemente mejorando la eficiencia y la rentabilidad general de la empresa

matriz. Esta integración directa puede ofrecer una gestión más cohesiva y una alineación más estrecha con la estrategia corporativa global.

Sin embargo, el artículo 56.2 del Real Decreto-Ley 5/2023 resalta varias complejidades asociadas con este tipo de fusión:

- En este tipo de fusiones siempre es preciso elaborar el informe de un experto independiente, lo cual prolonga el proceso de fusión y representa una carga administrativa al proceso.
- Además, según la ley, *“será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente”* (art. 56.2). En este caso, exigir un aumento de capital en este contexto puede no estar completamente justificado, ya que no hay una nueva aportación patrimonial que justifique dicho aumento. Emitir más acciones o aumentar el capital en la empresa absorbente, en este caso, podría diluir innecesariamente la participación de los accionistas existentes sin aportar un valor adicional real. Esto podría crear un desequilibrio entre el patrimonio (el valor real de los activos de la empresa) y el capital (el valor nominal de las acciones de la empresa), lo cual no es ideal desde una perspectiva financiera y de gobierno corporativo.
- La disposición legal que establece que "Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbente o absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a dichas sociedades por el valor razonable de esa participación" (art. 56.2) presenta un desafío en el contexto de una fusión indirectamente participada, especialmente en la estructura de una fusión "abuela-nieta", como en este caso.
- El problema surge principalmente por la necesidad de compensar a la filial intermedia (la "madre") por la pérdida de valor de su participación en la subfilial (la "nieta") que está siendo absorbida por la empresa matriz (la "abuela"). Esta compensación es necesaria cuando la fusión resulta en una disminución del patrimonio neto de la filial intermedia, lo cual es probable que ocurra siempre que la subfilial absorbida tenga algún valor. esta obligación puede ser gravosa para la empresa matriz, ya que implica un desembolso adicional de recursos para compensar a la filial intermedia. Además, puede complicar considerablemente la estructura financiera de la operación, ya que la empresa matriz necesita determinar el "valor razonable" de la compensación, lo cual puede ser un proceso complejo y sujeto a interpretaciones variables.

Esta operación trae consigo varios problemas prácticos, por lo tanto, es posible que merezca la pena explorar otras opciones, debido a la complejidad y los posibles costos adicionales involucrados en una fusión de este tipo.

### **La fusión de Summer Sound, S.L.U. y Summer Sound Barcelona, S.L.U. y la posterior escisión de Summer Sound Barcelona a favor de Producciones Gasolina:**

Para abordar el problema de su cliente, la Sociedad Producciones Gasolina, S.L., y su deseo de controlar directamente a Summer Sound Barcelona, S.L.U., es posible que una buena estrategia sea realizar primero una fusión entre la filial (Summer Sound, S.L.U.) y la subfilial (Summer Sound Barcelona, S.L.U.), y luego ejecutar una escisión dentro de la filial para traspasar la subfilial a la Sociedad "abuela". Este enfoque se beneficia de las disposiciones de los artículos

53 y 60 del Título I del Libro Primero del Real Decreto-Ley 5/2023, así como del artículo 58, que trata sobre las clases y requisitos de las escisiones.

La primera etapa involucraría una fusión entre la filial y la subfilial. De acuerdo con el Artículo 53 del citado texto legal, si la sociedad absorbente (en este caso, Summer Sound) es titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbida (Summer Sound Barcelona), la operación puede realizarse sin algunos requisitos habituales, como la inclusión en el proyecto de fusión de ciertas menciones relativas al canje de acciones o participaciones, informes de administradores y expertos, aumento de capital, y la aprobación de la fusión por las juntas generales. Esta simplificación del proceso puede facilitar considerablemente la fusión.

La segunda etapa implicaría una escisión dentro de la filial fusionada, como se describe en los artículos 58 y 60 del Título I del Real Decreto-Ley. La escisión parcial permitiría el traspaso en bloque de una parte del patrimonio (en este caso, Summer Sound Barcelona) a la sociedad beneficiaria, que sería Producciones Gasolina. Los socios de la sociedad que se escinde (Summer Sound) recibirían acciones, participaciones o cuotas en la sociedad beneficiaria (Producciones Gasolina) de manera proporcional a su participación en la sociedad que se escinde. Este enfoque también permitiría ajustar el tipo de canje y, si es necesario, incluir una compensación en dinero para los socios.

### **Conclusión**

Al comparar las dos estrategias propuestas para la reestructuración de Producciones Gasolina, S.L., y su relación con Summer Sound Barcelona, S.L.U., encontramos distintos pros y contras en cada enfoque.

La fusión indirectamente participada representa una forma directa de reorganizar la estructura corporativa, permitiendo a Producciones Gasolina absorber directamente a Summer Sound Barcelona. Esta estrategia tiene la ventaja de simplificar la estructura corporativa y potencialmente mejorar la eficiencia operativa y la alineación estratégica. Sin embargo, esta opción presenta desafíos significativos. La necesidad de un informe de experto independiente y el posible aumento de capital de la sociedad absorbente, como se estipula en el artículo 56.2 del Título I del Libro Primero del Real Decreto-Ley 5/2023, pueden complicar y prolongar el proceso. Además, la obligación de compensar a las sociedades no intervinientes en caso de disminución de su patrimonio neto agrega una carga financiera y administrativa adicional. Estos factores hacen que esta opción sea potencialmente más costosa y compleja.

Por otro lado, la estrategia de fusión seguida de una escisión, utilizando los artículos 53, 58 y 60 del Real Decreto-Ley 5/2023, ofrece una alternativa más estructurada. La fusión inicial entre Summer Sound y Summer Sound Barcelona podría realizarse de manera más simplificada, evitando algunos de los requisitos habituales. Luego, la escisión parcial permitiría transferir la propiedad de Summer Sound Barcelona a Producciones Gasolina de manera más controlada. Este enfoque tiene la ventaja de ser potencialmente menos complicado en términos de requisitos legales y financieros, y permite una mayor flexibilidad en el manejo de los recursos y la estructura de la empresa.

En conclusión, aunque la fusión indirectamente participada ofrece una ruta más directa para la reorganización, los desafíos legales y financieros asociados la hacen menos atractiva. La estrategia de fusión seguida de escisión, en cambio, proporciona una solución más escalonada y flexible, con potencialmente menos complicaciones legales y financieras. Por lo tanto, es

razonable considerar la fusión seguida de escisión como la opción más viable para lograr los objetivos de Producciones Gasolina en esta situación.

### **B. Sobre los pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.**

Para lograr la liquidación de la sociedad Summer Sound, es esencial seguir un proceso estructurado y detallado, conforme a las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital. Este proceso se divide en varias etapas clave, comenzando con la disolución de la sociedad y culminando con su extinción.

#### **La disolución.**

Inicialmente, el proceso comienza con la disolución de la sociedad, que se realiza mediante un acuerdo de la junta general, tal como se estipula en el Artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital. Esta decisión debe adoptarse con la mayoría requerida para la modificación de los estatutos, es decir, más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, como lo establece el Artículo 199. Una vez acordada la disolución, es imperativo inscribirla en el Registro Mercantil y publicarla en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, conforme lo dicta el Artículo 369.

#### **La liquidación.**

Tras la disolución, se inicia el período de liquidación, manteniendo la sociedad su personalidad jurídica durante este proceso, como se menciona en el Artículo 371. Durante la liquidación, se añade a la denominación de la sociedad la expresión “en liquidación”. Los administradores cesan en sus funciones, siendo reemplazados por los liquidadores, como lo indican los artículos 374 y 375. Estos liquidadores tienen la responsabilidad de velar por el patrimonio social y llevar a cabo las operaciones de liquidación. El Artículo 376 precisa que, salvo disposición contraria, los administradores al momento de la disolución se convierten en liquidadores.

Los liquidadores deben, dentro de los tres meses siguientes a la apertura de la liquidación, formular un inventario y un balance con referencia al día de disolución, tal como lo establece el Artículo 383. Luego, conforme al Artículo 384, les corresponde concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación. Esto incluye, según el Artículo 385, el cobro de los créditos sociales y el pago de las deudas, así como la llevanza de la contabilidad y conservación de los documentos de la sociedad, de acuerdo con el Artículo 386.

Una vez finalizadas las operaciones de liquidación, los liquidadores presentarán un balance final y un proyecto de división del activo resultante a la junta general para su aprobación, como se menciona en el Artículo 390. Este acuerdo puede ser impugnado por los socios en un plazo de dos meses.

#### **La división del patrimonio social entre los socios.**

Posteriormente, se procede a la división del patrimonio social entre los socios, conforme a lo estipulado en los artículos 391 a 393. Los socios recibirán su cuota de liquidación, que generalmente es en dinero, salvo acuerdo unánime de los socios o disposición de los estatutos.

Los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin antes haber satisfecho o consignado los créditos de los acreedores, como se detalla en el Artículo 391.

### **La extinción.**

Finalmente, una vez pagadas las cuotas de liquidación, los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad, que incluirá el balance final de liquidación y la relación de los socios con el valor de la cuota que les correspondió, como se describe en el Artículo 395. Esta escritura se inscribirá en el Registro Mercantil para la cancelación definitiva de los asientos registrales de la sociedad, según el Artículo 396.

#### **2.3.2. BZRP HITS, S.A. (“Biza”).**

Este apartado aborda las implicaciones de las distintas formas de adquisición de acciones y control sobre Biza propuestas por la Sociedad.

Primero, se examina la posible adquisición de un 29,99% de las acciones de Biza y cómo esto, sumado al porcentaje ya poseído por un consejero de la Sociedad, podría requerir una oferta pública de adquisición (OPA) obligatoria bajo el RD 1066/2007.

A continuación, se considera una estrategia alternativa donde la Sociedad podría adquirir un 12% de Biza y suscribir un pacto de voto con otra socia, explorando cómo esto también podría resultar en la necesidad de una OPA bajo ciertas condiciones.

Además, se discute la posibilidad de adquirir el 100% de Biza, combinando OPAs obligatorias y voluntarias para lograr un control total.

Finalmente, se considera la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en el contexto de una concentración económica resultante de las operaciones descritas anteriormente.

#### **A. Sobre la posibilidad de adquirir un 29,99% de las acciones de Biza.**

Dado que Biza es una sociedad anónima, y que la Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de sus acciones, en este caso aplicará el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, del régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (el “RD 1066/2007”).

El artículo 3.1 del RD 1066/2007 determina que quien alcance el control de una sociedad cotizada, deberá formular una oferta pública de adquisición (una “OPA”). Por lo tanto, para saber si será necesario realizar una OPA en el caso de la Sociedad, será necesario saber si puede considerarse que, adquiriendo 29,99% de las acciones de Biza, la Sociedad tendría una participación de control, o no.

### **La participación de control.**

El artículo 4.1.a) del RD establece que tendrá una participación de control de una sociedad quien alcance “*directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100*”.

Por lo tanto, a primera vista podría parecer que la Sociedad no cumpliría con este requisito, ya que tan sólo pretende adquirir un 29,99 de las acciones de Biza. Sin embargo, es necesario

acudir al artículo 5.1.a) del RD 1066/2007, el cual dice que a efectos del cómputo de porcentajes de derechos de voto se atribuirán a la misma persona (física o jurídica) los porcentajes de voto que correspondan a los miembros de sus órganos de administración.

En este caso, se sabe que D. Raúl, actual consejero de la Sociedad, es propietario de un 6% del capital social de Biza. Aunque la inversión de D. Raúl es personal, es necesario aplicar el artículo 5.1.a), lo cual significa que el porcentaje de acciones de D. Raúl tendrá que sumarse al de la Sociedad. Tras realizar esta suma, la Sociedad tendría un 35,99 de los porcentajes de voto de Biza.

### **La obligación de realizar una OPA.**

La Sociedad queda obligada, según las disposiciones del RD 1066/2007, a realizar una OPA. Esta deberá llevarse a cabo según lo establecido por el artículo 3 de esta normativa. A continuación, se va a explicar qué pautas tendrán que seguirse al realizar la oferta.

- La oferta tendrá que extenderse a todos los titulares de acciones de Biza, incluyendo a aquellos con acciones sin voto que, al momento de solicitar la autorización de la oferta, tengan derecho de voto (art. 3.2.a) RD 1066/2007).
- Además, la oferta tendrá que incluir a los titulares de derechos de suscripción de acciones, así como a los titulares de obligaciones convertibles y canjeables, abarcando a aquellos inversores que posean derechos para suscribir o convertir otros instrumentos financieros en acciones de Biza (art. 3.2.b) RD 1066/2007).
- La Sociedad deberá presentar la oferta lo antes posible, y, como muy tarde, en el plazo de un mes desde que se alcanzase el control (art. 3.4 RD 1066/2007).
- El precio de la OPA será determinado según lo dispuesto en el artículo 9 del RD 1066/2007, que detalla lo siguiente:
  - Deberá basarse en transacciones previas, es decir, que el precio ofrecido en la OPA no podrá ser inferior al precio más alto que el oferente haya pagado por los mismos valores durante los 12 meses previos al anuncio de la oferta.
  - Para determinar un precio equitativo, se incluirá cualquier importe total que el oferente haya pagado o acordado pagar. Así, se asegura la forma de pago, que podrá ser en efectivo, acciones, etc.

### **Conclusión.**

En conclusión, la intención de Producciones Gasolina de adquirir un 29,99% de Biza, sumado al 6% de acciones ya en posesión de su consejero D. Raúl, resulta en una participación efectiva del 35,99%, superando así el umbral del 30% establecido en el RD 1066/2007.

Esto obliga a la Sociedad a realizar una OPA conforme a las normativas del RD 1066/2007.

- B. Sobre la posibilidad 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.**

En este caso, se estudia la posibilidad de que la Sociedad adquiriera un 12% de las acciones de Biza. Es importante destacar que sus derechos de voto serían mayores al 12%, ya que se estudia la posibilidad de llegar a un pacto parasocial con Dña. Natalia, que es dueña de un 28% de las acciones de Biza.

### **La participación de control.**

El artículo 5.1.b) del RD 1066/2007 determina que, a efectos del cómputo de los derechos de voto, se le atribuirán a una persona (física o jurídica) los derechos de voto que correspondan a personas que actúen de forma concertada con ella. “*Se entenderá que existe dicho concierto cuando dos o más personas colaboren en virtud de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, verbal o escrito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada*”. Es decir, si existen pactos parasociales, estos deberán tenerse en cuenta a la hora del cálculo del cómputo de los derechos de voto.

Dicho esto, la suma del 28% de Dña. Natalia y el 12% de la Sociedad resulta en un total del 40% de los derechos de voto en Biza.

Esto significa que, según lo establecido por el artículo 4.1.a), a los efectos del RD 1066/2007, la sociedad en este caso contaría con una participación de control en Biza.

### **La obligación de realizar una OPA.**

Aplicando entonces el artículo 3.1.b), la Sociedad quedaría obligada a formular una OPA, ya que habría obtenido el control de la sociedad “*mediante pactos parasociales con otros titulares de valores*”.

La OPA se realizaría aplicando los mismos requisitos que los descritos en el apartado anterior relativo a la compra del 29,99% de las acciones de Biza, pero a dichos requisitos se les sumaría el requisito del artículo 3.3 RD 1066/2007: “*en caso de [...] pacto parasocial [...], estará obligada a formular oferta quien tenga, directa o indirectamente, el mayor porcentaje de derechos de voto*”. Por lo tanto, teniendo en cuenta que los derechos de voto de Dña. Natalia serían ejercitados por la Sociedad, sólo será la Sociedad la que tenga que formular la OPA, y no Dña. Natalia.

### **Conclusión.**

En resumen, la estrategia de Producciones Gasolina de adquirir un 12% de las acciones de Biza y llevar a cabo un pacto parasocial con Dña. Natalia Antillano, quien posee un 28% de las acciones, resultaría en un control combinado del 40% de los derechos de voto por parte de la Sociedad. Según el RD 1066/2007 y la LMV, este escenario obligaría a la Sociedad a lanzar una OPA.

### **C. Sobre la posibilidad 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 se decidiera tratar de adquirir el 100% de las acciones de Biza, esto significaría que la clase de OPA que debería realizarse sería una OPA obligatoria. Ya se ha explicado cómo se llevaría a cabo dicho proceso.

### **Una OPA obligatoria seguida de una OPA voluntaria.**

Sin embargo, es posible que la mejor estrategia para la Sociedad en este caso fuera el realizar una OPA obligatoria que le diera un 30% del control, y tras haber llevado a cabo dicha OPA y haber adquirido las participaciones necesarias, si quedasen socios minoritarios, que formulase una OPA voluntaria, la cual figura en el artículo 13 del RD 1066/2007.

A través de esta OPA voluntaria se podrían adquirir todas las acciones que no se hubieran adquirido en un primer momento, y el uso de esta clase de OPAs por personas físicas o jurídicas que ya cuentan con una participación de control está permitida por el artículo 13.4 RD 1066/2007: *“podrá formular una oferta voluntaria [...] quien, ostentando ya una participación de control, pueda libremente incrementar su participación en la sociedad afectada sin sujetarse a la obligación de formular una oferta obligatoria”*.

### **Las ventajas que esta clase de OPA tiene con respecto a la OPA obligatoria son las siguientes:**

**Flexibilidad en las condiciones.** Las ofertas voluntarias permiten que el oferente establezca condiciones específicas, como la aprobación de modificaciones estatutarias, el alcance de un mínimo de aceptación, o condiciones de modificación de la estructura de la sociedad afectada.

**La libertad en la determinación del precio.** A diferencia de las ofertas obligatorias, donde la determinación del precio está detalladamente reglamentada por el artículo 9 del RD 1066/2007, el oferente en las OPAs voluntarias puede establecer un precio más acorde con el valor actualizado de la empresa, potencialmente reduciendo el coste de adquisición.

### **Conclusión.**

En conclusión, para adquirir el 100% de Biza, la Sociedad podría considerar primero realizar una OPA obligatoria para obtener un control mayor o igual al 30% de acciones de la sociedad y, posteriormente, formular una OPA voluntaria para adquirir las participaciones restantes.

Así se cumpliría con las obligaciones legales de las OPAs obligatorias, pero esto se combinaría con la flexibilidad y las ventajas financieras de una OPA voluntaria.

### **D. Sobre 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.**

#### **Sobre la posible existencia de una concentración.**

El artículo 7.1.b) de la Ley de Defensa de la Competencia (la “LDC”) prevé que se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio de control de la totalidad o parte de una empresa como consecuencia de *“la adquisición por una empresa del control sobre la total o parte”* de otra empresa. La norma continúa, en el apartado 2.b) del mismo artículo, describiendo el concepto de control como *“contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de empresa”*.

Dado que la Sociedad busca adquirir como mínimo, y de acuerdo con lo establecido por el RD 1066/2007, un 35,99% del control de Biza, puede considerarse que, a efectos del artículo 7 de la LDC, estamos ante una concentración.

### **El ámbito de aplicación de la LDC.**

En el artículo 8 de la LDC se define el ámbito de aplicación de la ley, y en este ámbito se incluyen a las concentraciones económicas en las que concurra una de dos circunstancias:

**La primera** incluye aquellas concentraciones que, como consecuencia de la concentración, se adquiera una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. De aquí se excluyen las concentraciones cuyo volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida en el último ejercicio contable no supere los 10 millones de euros, siempre cuando los partícipes no tengan una cuota individual o conjunta superior al 50% en cualquiera de los mercados afectados.

**La segunda** indica que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, si al menos dos de los partícipes realizan en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Dado que no tenemos información relativa a las cifras de negocios de ninguna de las dos sociedades, y que no sabemos exactamente cuáles son sus cuotas en el mercado Español, no es posible determinar si la LDC aplicaría en este caso o no. Sólo cabe decir que, en el caso de que se cumpla cualquiera de las dos condiciones previamente expuestas, la Sociedad tendrá que adherirse a las disposiciones de la LDC.

### **La obligación de notificación y la suspensión de la ejecución.**

En el caso de que la LDC sea de aplicación, tendrán que cumplirse las obligaciones de notificación y suspensión de la ejecución del artículo 9 LDC.

**Notificación previa.** La concentración económica debe ser notificada a la Comisión Nacional de la Competencia (la “CNMC”) antes de la ejecución de la adquisición de las acciones de Biza.

Esto significa que la Sociedad tendría que informar a la autoridad competente para su evaluación.

**Suspensión de ejecución.** En principio, no se podrá llevar a cabo la concentración hasta que la autorización de la Administración sea efectiva. Sin embargo, existe una excepción a esta norma para las OPAs, ya que se permite realizar una OPA si las acciones están admitidas a negociación en bolsa, siempre que la oferta haya sido comunicada a la CNMC dentro de los cinco días posteriores a la solicitud de la autorización a la CNMC, y siempre que el comprador sólo ejerza los derechos de voto necesarios para proteger el valor de su inversión (siempre que actúe bajo las condiciones impuestas por la CNMC).

En el caso concreto, ya que se va a realizar una OPA, podría no aplicarse la suspensión de la ejecución, si se siguieran las pautas establecidas por la ley.

**Las partes obligadas a notificar.** Tendrán que notificar las partes que adquieren el control exclusivo sobre parte o la totalidad de una o varias empresas.

Por lo tanto, será la Sociedad la que esté obligada a notificar a la Administración.

**Conclusión.**

En conclusión, en el contexto de una posible concentración económica entre la Sociedad y Biza, en el caso de que se cumpla alguna de las condiciones especificadas en la LDC, la Sociedad deberá cumplir con las obligaciones de notificación y suspensión de ejecución del artículo 9 de la LDC.

### **3. BIBLIOGRAFÍA**

#### **3.1. NORMATIVA**

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

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

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

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

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.

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

#### **3.2. JURISPRUDENCIA**

Cancelación de la EUIPO, núm. 14 788 C, de 11 de enero 2019, el caso “Big Mac”.

SAP de Almería (Sección 2ª), núm. 78/2014 de 27 de marzo.

SAP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 496/2014 de 18 de diciembre.

SAP de Zaragoza (Sección 5ª), núm. 681/2008, de 11 de diciembre.

STC, núm. 73/1988 de 21 de abril.

STS (Sala de lo Civil), núm. 77/1999, de 30 de enero.

STS (Sección 1ª), núm. 503/2013 de 30 de julio.

STS (Sección 1ª), núm. 1017/2007 de 5 de octubre.

TJUE (Sala 1ª), asunto C-529/07, de 11 de junio de 2009, caso “Lindt”.