



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA- EMPRESA

| *Madrid, a 21 de diciembre de 2023*

Alumna: María Lucía Alió López

Tutor: Luis Alfonso Fernández

| UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS

RESUMEN

El presente dictamen tiene por objeto analizar una serie de consultas jurídicas planteadas por la sociedad LATINGO GANG, INC., con respecto a la adquisición de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. y las implicaciones legales que esa operación conllevaría. Para ello, se da respuesta a cuestiones concernientes a la rama del derecho fiscal, propiedad intelectual, laboral y mercantil. Por otro lado, se asesora también en la hipotética compra de la sociedad cotizada BZRP HITS, S.A. y las consecuencias que desde el punto de vista del mercado de valores y de derecho de la competencia generaría dicha transacción.

ABSTRACT

The purpose of this legal opinion is to analyse a series of legal queries raised by the company LATINGO GANG, INC. with regard to the acquisition of PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. and the legal implications that this operation would entail. To this end, we provide answers to questions concerning tax, intellectual property, labour and corporate law. Finally, we also advise on the hypothetical purchase of the listed company BZRP HITS, S.A. and the consequences that this transaction would generate from the point of view of capital markets and competition law.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEAT: Agencia Estatal de Administración Tributaria

BORME: Boletín Oficial Del Registro Mercantil Español

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CC: Código Civil

CP : Código Penal

ET: Estatuto de los Trabajadores

FFPP: Fondos Propios

IS: Impuesto de Sociedades

ITPAJD: Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido

JG: Junta General

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LGT: Ley General Tributaria

LIS: Ley del Impuesto de Sociedades

LIVA: Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido

LMV: Ley del Mercado de Valores

LSC: Ley de Sociedades de Capital

M&A: Mergers and Acquisitions (Fusiones y Adquisiciones)

OPA: Oferta Pública de Adquisición

R&W: Representations and Warranties (Manifestaciones y Garantías)

RDAD: Real Decreto de Alta Dirección

RDL: Real Decreto Ley

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

W&I Insurance: Warranty & Indemnity Insurance (Seguro de Manifestaciones y Garantías)

ÍNDICE

OBJETO DEL INFORME.....	5
PARTE 1	6
Apartado 1. Falta de declaración de impuestos a la AEAT.	6
Apartado 2. Registro de la marca MOTOPAPI.	9
Apartado 3. Despido de D. Patricio Quevedo.....	16
Apartado 4. Mecanismos contractuales de protección frente a las contingencias detectadas.	21
PARTE 2	25
Apartado 1. Reparto de dividendos.....	25
Apartado 2. Ejercicio de derechos políticos por el socio minoritario D. Omar.....	28
Apartado 3. Derecho de información del socio minoritario D. Omar.	34
PARTE 3	37
Apartado 1. Decisiones estratégicas para mejorar la estructura y eficiencia de la Sociedad.	37
Apartado 2. Alternativas de adquisición de BZRP HITS, S.A. (Biza).	44
BIBLIOGRAFÍA	52

OBJETO DEL INFORME

El objeto del presente informe jurídico, es dar respuesta a la consulta formulada por la sociedad LATINGO GANG, INC., con sede en Miami; matriz de un grupo internacional dedicado a la industria musical latina (“el Grupo”). Esta sociedad no goza de presencia en España y planea expandir su actividad a este mercado, ya que pretende adquirir el 51% del capital social de la sociedad española PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (“la Sociedad”). Con este motivo, ha visitado nuestro despacho ALIÓ LÓPEZ S.L.P. para que realicemos un estudio detallado de la Sociedad en forma de *due diligence report* y le facilitemos nuestro asesoramiento.

Somos una firma internacional de servicios legales y fiscales que asesora a nivel local, regional y global desde todos los ángulos del derecho de los negocios. La excelencia de los resultados de las operaciones en las que asesora ALIO LÓPEZ, S.L.P. reside en su equipo, más de 2.300 personas que trabajan de manera transversal, estando presentes en cinco oficinas en España, otras cinco oficinas en otros países de la Unión Europea y tres más en la zona de América del Norte. Nuestros valores como firma son la excelencia, la dedicación a nuestros clientes, el compromiso ético, el trabajo en equipo a nivel multidisciplinar y la diversidad.

Nuestro equipo está formado por abogados de último nivel, muy bien formados y de diversas culturas. El despacho integra ocho departamentos: Mercantil, Fiscal, Laboral, Propiedad Intelectual, Competencia y Procesal. En concreto, el departamento de Mercantil y Fiscal, son banda 1 del directorio legal de *Chambers and Partners*. Además, hemos recibido el premio Expansión, a la mejor operación de M&A del año 2022 y el premio del Confidencial Jurídico al despacho que más crecimiento ha experimentado este último año.

Así las cosas, para esta primera parte del DDR, se han visto involucrados los abogados de los equipos de Fiscal, Propiedad Intelectual y Laboral. Para la segunda parte planteada, ha asesorado principalmente el departamento de Mercantil y para la tercera, han intervenido el equipos de Mercantil y Competencia. A continuación, exponemos su asesoramiento en relación con las cuestiones planteadas por el Grupo.

PARTE 1

Apartado 1. Falta de declaración de impuestos a la AEAT.

El Grupo nos ha mostrado su preocupación acerca de la posibilidad de que la Sociedad no haya declarado a la AEAT, más de un millón de euros de ingresos derivados de un concierto virtual que se retransmitió en 2020 (época de la pandemia) a través de la red social TikTok y que como consecuencia, propicie una investigación tributaria. Así las cosas, nos ha pedido que estudiemos dos posibles hipótesis, por un lado, la regularización de esta contingencia fiscal o bien, por otro lado, ignorar esta circunstancia.

En cuanto a la no declaración de ingresos, el art. 17 LGT habla de un conjunto de obligaciones formales (art. 29) y materiales, deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos, surgidos de la relación jurídico-tributaria. Asimismo, el art. 19 LGT manifiesta que el contribuyente tiene como obligación tributaria principal, el pago de la cuota tributaria en tiempo y forma conforme al principio de devengo (art. 21 LGT).

Ahora bien, si la sociedad incumple este deber como contribuyente de presentar declaraciones correctas y de pago de los impuestos en tiempo y forma, puede dar lugar a una infracción tributaria (art. 183 LGT).

TIK TOK no es una empresa establecida en territorio español ni en ningún Estado Miembro de la Unión Europea, pero los servicios que ésta ofrece están Sujetos a IVA, siendo el sujeto pasivo la sociedad "PRODUCCIONES GASOLINA SL", pues es la destinataria del servicio, por lo que debió declarar el IVA devengado en territorio español por aplicación de las reglas de inversión, pero como "inversión de sujeto pasivo". Posteriormente, la sociedad "PRODUCCIONES GASOLINA SL", deberá devengar e ingresar el IVA devengado de los servicios a los consumidores finales establecidos en España.

Por otro lado, la sociedad "PRODUCCIONES GASOLINA SL", es sujeto pasivo del IS, por lo que debió declarar sus ingresos en el IS.

Ahora bien, en relación con la contingencia fiscal derivada de la no declaración de ingresos por conciertos virtuales a través de la plataforma TIK TOK, el Grupo debe valorar si procede

realizar una regularización voluntaria o no. La LGT,¹ la LIS² y la LIVA,³ son el marco legal aplicable en este caso y en virtud de esta normativa, el despacho ha realizado un informe detallando las implicaciones de ambas opciones.

Así las cosas, la infracción podría ser calificada como grave, ya que la Sociedad no declaró más de un millón de euros en ingresos derivados de conciertos virtuales retransmitidos a través de la plataforma TIK TOK. En concreto, estaríamos ante una infracción del art. 191 LIVA, es decir, por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación del IVA dentro del plazo establecido en su normativa específica (LIVA) y de la autoliquidación del IS dentro del plazo establecido en su normativa específica (LIS), salvo que se regularizase con arreglo al art. 27 LGT o procediera la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del art. 161 de la LGT.

Por tanto, en el caso de que la Sociedad optase por una regularización voluntaria, tendría que presentar una declaración complementaria voluntaria (art. 122 LGT y art.198.2 LGT) para regularizar su situación fiscal y así, de este modo, podrían evitar sanciones tributarias (arts. 191 y 192 LGT).

Sin embargo, la regularización voluntaria puede implicar el pago de intereses de demora (Art. 8e LGT), art. 16.3 LGT) y, potencialmente, recargos por declaración extemporánea (27.2 LGT), el cual la ley dice que “será un porcentaje igual al 1 por ciento más otro 1 por ciento adicional por cada mes completo de retraso con que se presente la autoliquidación o declaración respecto al término del plazo establecido para la presentación e ingreso”.

Además, se podrán imponer recargos con arreglo al art. 28.5 LGT, los cuales son compatibles con los intereses de demora. Esto entraría dentro del concepto de deuda tributaria (art. 58 LGT). Asimismo, se podrían imponer sanciones que con arreglo al 180.3 LGT son compatibles con la exigencia del interés de demora y de los recargos del período ejecutivo.

¹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

² Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

³ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

No obstante, la ventaja de la regularización sería muy positiva desde el punto de vista penal, ya que según el art. 305.4 CP, la situación tributaria se considera regularizada si el contribuyente reconoce y paga completamente sus impuestos antes de que la Administración Fiscal inicie una auditoría o investigación sobre esos impuestos, o antes de que se presenten cargos legales por parte de la Fiscalía, el Abogado del Estado u otros representantes legales, por lo que sería altamente ventajoso.

Además, eso también se aplica si se pagan impuestos atrasados después de que haya pasado un tiempo considerable y la Administración ya no pueda determinarlos de manera administrativa. Por lo que, en estos casos, la regularización impide que el contribuyente sea perseguido por posibles irregularidades fiscales previas relacionadas con la deuda tributaria que se haya regularizado.

Por otro lado, si la Sociedad optase por ignorar el asunto y decidiera no regularizar la situación fiscal, la AEAT podría iniciar una inspección (art. 142 y siguientes de la LGT). Según esto, los inspectores fiscales podrían recabar documentación y libros contables, bases de datos y una serie de documentos, con el objetivo de “comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y en el mismo se procedería, en su caso, a la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones”(art. 145 LGT).

En consecuencia, podrían llevar a cabo un procedimiento de inspección de entre unos 18 y 27 meses (art. 150 LGT) levantando finalmente un acta con el contenido de las conclusiones de la inspección (art. 153 LGT). Finalmente, podrían imponer sanciones en caso de apreciar un incumplimiento de la ley y de las obligaciones tributarias. Además, en casos de fraude fiscal especialmente grave, podría haber responsabilidades penales, según el art. 305 del Código Penal, por tratarse de un delito contra la Hacienda Pública estatal, por la elusión del pago de un tributo cuya cuantía es superior a 20.000 €.

Por consiguiente, según el art. 31 CP, el administrador de hecho o de derecho de la Sociedad, respondería personalmente, si tales circunstancias se hubieran dado bajo su representación, pudiéndole imponer una pena de prisión de 2 a 6 años por exceder la cuantía de los 600.000 euros (art. 305 bis CP). Además, la Sociedad como persona jurídica también tendría responsabilidad penal, pudiéndole imponer una multa del tanto al séxtuplo de 20.000 euros.

Asimismo, se podrá imponer la pérdida de subvenciones o ayudas públicas y el derecho a obtener incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de 3 a 6 años.(Art. 307 CP). Por lo tanto, al considerar ambas opciones, el Grupo deberá sopesar los riesgos y costes asociados, ya que la regularización voluntaria puede implicar costes inmediatos y cierto impacto en la reputación de la Sociedad, pero también reduce el riesgo de enfrentarse a sanciones más severas y responsabilidades penales en el futuro. Por otro lado, ignorar el asunto podría resultar en una situación más complicada si la AEAT descubre la falta de declaración y decide imponer sanciones.

Por último, quiero destacar que en el momento que "LATINO GANG INC." adquiera la mercantil "PRODUCCIONES GASOLINA, S.L.", y los servicios los preste directamente PRODUCCIONES GASOLINA, S.L, esos ingresos también deberán tributar por IS e IVA.

Apartado 2. Registro de la marca MOTOPAPI.

En segundo lugar, el Grupo nos ha pedido asesoramiento adicional con respecto a la acción interpuesta por Dña. Rosario García-Despechá por la vulneración de un derecho de propiedad intelectual de su titularidad, a lo que hemos acudido a la LM⁴ para su explicación, ya que es la que establece las condiciones para la protección y defensa de marcas registradas en España y en la UE.

Dña. Rosario ha interpuesto una acción ante los tribunales alegando que la marca registrada por la Sociedad bajo el nombre de "MOTOPAPI" vulnera su derecho de propiedad intelectual con base en varios motivos que el equipo de Propiedad Intelectual ha analizado en detalle a fin de ver si podría prosperar su acción.

Primero, el equipo ha analizado el primer argumento de Dña. Rosario por el que alega que "su derecho es anterior en el tiempo al registro de la marca "MOTOPAPI" y, pese a no estar registrado en la OEMP, se considera marca de renombre debido a su conocimiento por cerca del 40% de los consumidores del mercado"; con base en el art. 6.2 d) de la LM, el cual hace referencia a las marcas no registradas notoriamente conocidas.

⁴ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

De acuerdo con el art. 2.1 de la LM, la propiedad de una marca y un nombre comercial se obtiene mediante su registro válido de acuerdo con las disposiciones de esta ley. Bajo el sistema de marcas español actual, en principio, se concede el derecho de propiedad sobre una marca una vez que se ha registrado de manera válida para productos y servicios específicos, siguiendo el principio de especialidad. Como regla general, los signos distintivos no registrados no tienen protección dentro del sistema de marcas español, pero existen excepciones, como en el caso de una marca no registrada que sea notoriamente conocida en España.

El art. 6.2 d) de la LM establece como una prohibición relativa de registro aquellas marcas no registradas que, en el momento de la presentación o prioridad de la solicitud de la marca en cuestión, sean "notoriamente conocidas" en España, según la definición del art. 6 bis del Convenio de París.⁵ Sin embargo, este artículo del Convenio no proporciona una definición precisa del concepto de marca notoria, sino que este concepto lo podemos encontrar en el art. 16.2 del ADPIC,⁶ que establece como requisito fundamental que el conocimiento de la marca esté ampliamente difundido en el sector pertinente del público para que se considere notoria.

En este sentido, el RDL 23/2018, en su Exposición de Motivos, sigue la pauta establecida por la jurisprudencia predominante, que, para considerar una marca renombrada, requiere que la marca sea conocida por una parte sustancial del público interesado en los productos o servicios relacionados. Así, el TJUE⁷ se pronunció sobre la extensión del concepto de marca renombrada en su sentencia del 14 de septiembre de 1999, en el caso General Motors.⁸ En el apartado 24 de esta sentencia, el TJUE estableció que el público al que debe ser conocida una marca renombrada depende de los productos o servicios comercializados y puede ser tanto el público en general como un público más especializado, como un sector profesional específico.ⁱ

No obstante, la LM aún hace referencia al término "notoriamente conocida" en su art. 6.2 d) en el contexto de marcas no registradas, de acuerdo con la protección establecida en el art. 6 bis del Convenio de París. Por lo tanto, una marca notoriamente conocida no registrada se refiere a una marca que tiene fama y reconocimiento entre el público interesado en los productos y servicios que representa, a pesar de no estar registrada en el país donde se busca la protección,

⁵ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.

⁶ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio del 15 de abril de 1994.

⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁸ Asunto C-375/97.

por ello la marca “MOTOPAPI” podría entrar dentro de esta categoría, ya que lo conoce un 40% de los consumidores del mercado musical.

Así las cosas, el titular de una marca notoria no registrada en España, según el art. 34 de la LM, tiene derechos exclusivos sobre su signo distintivo. Sin embargo, el art. 34.7 de la LM establece una limitación al derecho de prohibición de los titulares de estos signos distintivos. En principio, si un tercero utiliza una marca idéntica o similar para productos o servicios completamente diferentes y obtiene una ventaja injusta debido al carácter distintivo o la notoriedad de la marca no registrada, o si el uso perjudica el carácter distintivo o la notoriedad de la marca no registrada, el titular no puede ampararse en el art. 34.2 c) de la LM. Sin embargo, el titular aún puede recurrir a las leyes sobre competencia desleal cuando se produzcan este tipo de conductas por parte de un competidor.

En consecuencia, Dña. Rosario podría perfectamente haberse opuesto al registro de la marca MOTOPAPI, precisamente por el riesgo de confusión (art. 6 LCD) para los consumidores de sus canciones. Asimismo, la actora podría haber solicitado la nulidad del registro de la marca con base en el mismo motivo que el anterior.

Por otro lado, según el art. 2.2 de la LM, Dña. Rosario podrá haber ejercitado la acción reivindicatoria, por la que se permite que aquel con un mejor derecho, aunque no haya registrado el signo, pueda subrogarse en la solicitud de marca o, si ya está registrada, convertirse en el titular registral si la acción prospera. Sin embargo, para tener éxito, se requiere probar elementos como fraude o violación de normas legales o contractuales por parte del solicitante o titular registral, y la acción debe ejercitarse en un plazo específico, dependiendo de si el registro se ha solicitado o concedido.

Además, aquel que busque reclamar la titularidad de una marca en virtud del art. 2.2 de la LM, basándose en la titularidad previa de una marca no registrada, debe demostrar un uso real y efectivo del signo en disputa según los estándares del art. 39 de la LM. Así las cosas, este uso debe ser público, externo y dentro del mercado y debe aplicarse al mismo tipo de productos y servicios que se pretenden registrar o ya estén registrados en la marca objeto de reivindicación, siguiendo el principio de especialidad.

Por otro lado, cabe destacar que el titular de una marca no registrada tiene la facultad de presentar una acción de nulidad cuando un tercero registra su signo distintivo actuando con mala fe, de acuerdo con el art. 51.1 b) de la LM. En este sentido, El TJUE en su sentencia del 11 de junio de 2009, caso Lindt,⁹ aborda el concepto de mala fe en el registro de una marca y establece que “la mera conciencia previa de la existencia de otros signos similares no es suficiente para determinar la mala fe en el momento del registro (apartado 40).ⁱⁱ

Además, afirman que se considera crucial evaluar la intención del solicitante al presentar el registro para determinar si hubo mala fe (apartado 41), pues la intención de obstaculizar la entrada de un tercero en el mercado puede, en ciertas circunstancias, indicar mala fe por parte del solicitante, especialmente cuando la solicitud de registro tiene como único propósito impedir que otros compitan en el mercado (apartados 43 y 44)”.

Por otro lado, unos elementos que pueden respaldar la mala fe del solicitante del registro de la marca son la demostración del uso extenso y público de la marca no registrada en el mismo sector donde se ofrecen los productos y servicios de la marca registrada. Así las cosas, cuanto más significativo sea el uso de la marca no registrada y su presencia en el mercado, más difícil será demostrar que el titular no estaba al tanto de que el signo registrado era utilizado previamente por un tercero para identificar productos o servicios.

Asimismo, el art. 52.1 LM, establece que podrá declararse nula el registro de una marca mediante solicitud presentada ante la OEPM o bien a través de una demanda por violación de marca. Por ello, Dña. Rosario sí que tiene cauces sólidos para demandar a la “Sociedad” y es una contingencia que se debería tener en cuenta.

Además, la decisión de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) en el caso BigMac del 11 de enero de 2019 , establece un precedente importante para futuros litigios que requieran la demostración del uso efectivo de una marca en el contexto de una acción de recuperación o de anulación por mala fe. Por ello, es fundamental tener en cuenta que la notoriedad y el prestigio de una marca no necesariamente implican su utilización genuina en la actividad económica y por eso, Dña. Rosario deberá presentar pruebas sólidas que respalden el uso efectivo de su marca “MOTOPAPI”.

⁹ Asunto C-529/07.

Segundo, en lo que respecta al argumento de Dña. Rosario alegando que “su marca y logo podrían confundirse fácilmente con la de la Sociedad por su similitud fonética y aspecto visual (apenas dos letras de diferencia)”, cabe destacar que la marca no registrada notoriamente conocida de Dña. Rosario: “MOTOMAMI” presenta enormes similitudes a la marca “MOTOPAPI” registrada por la Sociedad.

En este caso, estamos ante un tipo de marca denominativa, pues es aquella que identifica un servicio a partir de una palabra y precisamente este tipo de marcas deben distinguirse fonéticamente del resto de productos o servicios de su misma especie. Así, según la jurisprudencia, se considera denominativa a la marca constituida exclusivamente por letras, palabras o asociaciones de palabras, escritas en caracteres de imprenta de tipo normal, sin elemento gráfico específico.¹⁰

Por tanto, la marca “MOTOPAPI” podría entrar dentro del registro de marca bajo la clase 41 “servicios de entretenimiento” de la clasificación de NIZA, mientras que la marca “MOTOMAMI”, a pesar de no estar registrada, pertenecería también a la misma categoría por lo que ya en primer lugar, se puede observar que están en un mercado concurrencial. Ahora bien, a la hora de comparar dos marcas, nos debemos fijar en el elemento visual, fonético y conceptual. Así las cosas, si existe similitud en uno o varios de los tres niveles, los signos se considerarán similares.¹¹

Por ejemplo, en el caso Bass, se destacó que la percepción visual es esencial en la apreciación del riesgo de confusión.¹² Por otro lado, en el caso CICAR vs. ZIPCAR, se señaló que la similitud fonética es crítica cuando los productos se solicitan verbalmente¹³ y finalmente, debemos fijarnos en las diferencias conceptuales, ya que pueden contrarrestar las similitudes visuales y fonéticas. Por ejemplo, en el caso MUNDICOLOR vs. MUNDICOR, se analizó la falta de significado claro y específico en ambos signos para determinar que las diferencias conceptuales no eran suficientes para contrarrestar las similitudes visuales y fonéticas.¹⁴

¹⁰ Sentencias de 20/04/2005, T-211/03, Faber, EU:T:2005:135, § 33, y de 13/02/2007, T-353/04, Curon, EU:T:2007:47, § 74.

¹¹ Sentencia de 02/12/2009, T-434/07, Solvo, EU:T:2009:480, § 50-53.

¹² Sentencia de 14/10/2003, T-292/01, Bass, EU:T:2003:264, § 55.

¹³ Asunto CICAR ZIPCAR T-36/07.

¹⁴ Asuntos acumulados T-183/02 y T-184/02.

Ahora bien, debe examinarse la similitud en el territorio en que está protegida la marca anterior, que en este caso sería España. Por otra parte, la percepción del público destinatario desempeña un papel importante en la comparación de los signos. Primero hemos analizado MOTOPAPI y MOTOMAMI, desde el punto de vista visual. En el caso de las marcas denominativas, la comparación visual se basa en un análisis del número y secuencia de las letras/caracteres, la posición de las palabras/caracteres coincidentes, el número de palabras y la estructura de los signos. En los siguientes casos, las marcas se consideraron similares visualmente: FORTIS vs. FORIS ¹⁵ se consideró un grado de similitud alto; ARTEX vs. ALREX ¹⁶ muy alto y finalmente, MARILA vs. MARILAN, ¹⁷ alto.

Por tanto, MOTOMAMI vs. MOTOPAPI, tendría un grado de similitud muy alto, pues solo cambian dos letras, la M es sustituida por la P, pero visualmente parece la misma palabra. Además, ambos signos tienen ocho caracteres y la posición de las letras que cambian son coincidentes, por lo que hay altas probabilidades de que a nivel visual se considerara que hay riesgo de confusión muy alto entre ambos signos.

Segundo, desde el punto de vista fonético, vemos que el número y el orden de las sílabas de ambos signos MOTOMAMI vs. MOTOPAPI, son prácticamente iguales y eso ejerce una importante influencia en la impresión fonética general que produce. El examen de las sílabas comunes reviste una especial importancia al comparar marcas fonéticamente, ya que una impresión fonética general similar estará determinada en la mayoría de los casos por dichas sílabas comunes y su combinación idéntica o similar.

Por ejemplo, en el caso FEMARA vs. FEMAGRO¹⁸ se apreció similitud fonética por encima a la media, así como en el caso HELI-COIL vs. HCOIL¹⁹ donde también se apreció similitud en grado bajo. En consecuencia, la acción interpuesta por Dña. Rosario por la cual alega que su marca podría confundirse visual y fonéticamente probablemente sería estimada, según los casos citados.

¹⁵ R 0049/2002-4.

¹⁶ T-154/03.

¹⁷ R 0799/2010-1.

¹⁸ R 0722/2008-4.

¹⁹ R 1071/2009-1.

Finalmente, en lo que respecta al argumento de Dña. Rosario por el que afirma que “ha invertido grandes sumas de publicidad en su marca (más de 10 millones de euros solo en España)”, esto podría ser relevante a efectos de varios aspectos. Primero, el hecho de haber invertido más de 10 millones de euros solo en España, es un elemento determinante para la notoriedad de la marca en el mercado. Según el art. 6.2 d) de la LM, se establece que las marcas no registradas notoriamente conocidas pueden tener protección en casos de registro de marcas similares, por lo que iría ligado con el primer argumento de Dña. Rosario y, por tanto, podría reafirmar que su marca tiene renombre y así poder reivindicar su titularidad (art. 2.2 LM).

Asimismo, la inversión en publicidad puede servir como prueba del uso efectivo de la marca en el mercado, tal y como exige el art. 39 de la LM. Además, Dña. Rosario puede utilizar este dato como evidencia para demostrar que ya tenía ciertos derechos sobre la marca y que el nuevo registro del signo “MOTOPAPI”, es un intento de aprovecharse de su inversión previa y de su reputación en el mercado y podría alegar así mala fe de la sociedad y tener más argumentos de peso para solicitar la nulidad de la marca con base en el art. 51.1 b) de la LM.

Finalmente, la gran suma invertida en publicidad es un dato que le permite demostrar fácilmente el carácter distintivo propio asociado a su marca “MOTOMAMI”, así como a su uso previo y renombre en el mercado. En palabras de ELZABURU ALBERTO, “la publicidad es el medio por el cual la marca puede alcanzar su notoriedad o renombre, dependiendo del grado de intensidad que se hubiera empleado en la misma”.ⁱⁱⁱ

Por otro lado, nuestro despacho también ha estudiado las posibles vías de defensa que podría argumentar la Sociedad frente a las reclamaciones de Dña. Rosario. En primer lugar, podrían alegar que el art. 2.2 LM reconoce el derecho a la titularidad sobre la marca a aquél que la ha registrado de forma válida y que ha cumplido con los requisitos para la solicitud de la misma (art. 12 LM) y que, por tanto, gozan del derecho de prioridad unionista del art. 14 LM.

Además, el art. 6.1 señala que el registro no podrá concederse si se opone a derechos anteriores existentes en favor de terceros y recogidos en los arts. 8 y 9 respectivamente (derechos derivados del uso previo o nombres comerciales). Por lo tanto, el registro de marcas no les hubiera dejado inscribirla si realmente se opusiera a un derecho anterior, cosa que no sucedió, pues superó el examen de admisibilidad y de forma del art. 11 LM y por lo que se observa de los datos enunciados, Dña. Rosario no se opuso en su debido momento ni en forma ni en plazo

y finalmente, se publicó el 10 de diciembre de 2022, por lo que eso indica que superó todos los trámites legales exigibles (art. 18 LM) y que por tanto, no era contraria al orden público o las buenas costumbres conforme a lo previsto en el 5.1, f) LM.

En consecuencia, el Grupo podría alegar que su marca “MOTOPAPI” fue registrada cumpliendo todos los requisitos legales y por lo tanto, no vulnera ningún derecho anteriormente existente en favor de Dña. Rosario García-Despechá. Si bien, los argumentos de Dña. Rosario son muy sólidos, por lo que sus reclamaciones tendrían alta probabilidad de prosperar.

Apartado 3. Despido de D. Patricio Quevedo.

En tercer lugar, hemos analizado la problemática en relación al despido de D. Patricio Quevedo como Director General de la Sociedad. La norma que regula el despido en este tipo de contratos es el RDAD.²⁰ En concreto, lo hace en su art. 11 RDAD, el cual contempla la extinción del contrato por voluntad del empresario. Así las cosas, el art. 11.1 RDAD establece que el contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario sin ningún tipo de causa o bien, por otro lado, el art. 11.2 RDAD, prevé la extinción del contrato con causa, vía despido.

En primer lugar, cabe destacar que si el empresario decide extinguir el contrato sin causa, para ello debe mediar un preaviso mínimo de 3 meses, hasta un máximo de 6 meses y se debe efectuar la comunicación por escrito. En consecuencia, en estos casos, el AD tendrá derecho a la indemnización pactada en su contrato, o a falta de pacto o blindaje, podrá disfrutar de una indemnización equivalente a 7 días de salario en metálico, por año de servicio con el límite de seis mensualidades de pago (art. 11.1 RDAD). Además, si se incumple el preaviso, el alto directivo tendrá derecho a percibir los salarios correspondientes al período de preaviso incumplido.

En segundo lugar, el empresario puede decidir dar por concluido el contrato de alta dirección, alegando una causa. Por tanto, podrá efectuar un despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, según lo establecido en el art. 55 del ET, es decir, por escrito, haciendo figurar los hechos que motivan el despido y la fecha a partir de la cual tendrá efectos.

²⁰ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Así las cosas, si el despido se declara procedente, no tendrá derecho a indemnización, pero si se declara improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo deberán acordar si quieren que se produzca la readmisión, o el abono de la indemnización pactada en el contrato de alta dirección y en su defecto, una suma equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con el tope de 12 mensualidades (art. 11.2 RDAD). No obstante, si no se ponen de acuerdo, se entiende que se opta por el abono de la indemnización. Por último, la relación de AD podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el ET.

Ahora bien, en este caso, el Grupo pretende despedir a D. Patricio Quevedo, el cual ostenta el puesto de Director General y está vinculado a la sociedad por un contrato de alta dirección, sobre la base de que ha perdido la cuota de mercado del Grupo en la región que tiene asignada, la cual es, las Islas Canarias.

Como anuncia el preámbulo del RDAD, esta relación de carácter especial se basa en la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes (empresario y alto directivo) derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades, poderes y responsabilidad.²¹ Por consiguiente, el Grupo puede perfectamente despedir a D. Patricio, sin necesidad de justificar causa alguna, pues la recíproca fiducia que hay entre directivo y empresario, justifica la existencia del desistimiento empresarial.^{iv}

No obstante, en este caso quieren despedirle debido a que no ha conseguido mantener el rendimiento de trabajo adecuado para mantener la cuota de mercado de su región, lo que es perfectamente lícito como motivo y que pueden hacer. Sin embargo, me parece difícil apreciar esta causa como un posible incumplimiento grave y culpable del trabajador, pues el art. 54.2 ET, está previsto para causas más severas, que considero que no tienen cabida aquí, a excepción del apartado e), relativa a la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; la cual podría encajar, pues el Grupo podría alegar que ha habido una disminución de su rendimiento, pero realmente en la práctica es muy difícil de probar y de que los tribunales la estimen.

Así las cosas, considero que no podrían ir por la vía del art. 11.2 RDAD del despido basado en incumplimiento grave y culpable del trabajador y que, por tanto, deberían utilizar un despido

²¹ STS 12 de Mar.1993 (RJ 1993/2410).

ordinario sin causa, encuadrado en el art. 11.1 RDAD. En consecuencia, según la norma, el AD tendría derecho a obtener la indemnización pactada en su contrato que asciende a la cuantía de 900.000€.

Hay que tener en cuenta, que las cláusulas de blindaje, en este caso, la indemnización pactada, solo opera para el caso de que se produzca una extinción unilateral del contrato, por lo que en palabras del TS,²² la empresa (en este caso, el Grupo) no puede elegir libremente entre el desistimiento, del apartado primero del art. 11 RDAD, o despido disciplinario del apartado segundo de este mismo art., simplemente con el fin de eludir la cláusula de blindaje para abaratar el coste del despido, pues debe recurrir a la forma jurídica que sea más adecuada.

Por lo tanto, según la ley, considero que el Grupo si tendría que respetar esa indemnización pactada y no podría desmarcarse, ya que el RDAD es claro, pues prima la voluntad de las partes, esto es, el pacto que hubieran blindado en el contrato. Por consiguiente, siempre se va a aplicar la voluntad contractual y solo se aplicará el código civil o la legislación mercantil, para lo no pactado entre la empresa y el alto directivo y que no esté expresamente regulado por el RDAD.

Además, únicamente se aplicará la legislación laboral, en aquellos casos en los que el RDAD o el contrato haga remisión expresa y se haga constar en él que se aplicará el ET, para el caso de indemnizaciones por despido improcedente o nulo.

Ahora bien, en este caso, por lo que se describe en los hechos, no parece que el contrato se remitiera expresamente al ET para el cálculo de indemnización por despido, por lo que, en principio, el Grupo tendría que pagar la indemnización pactada. Así, estas cláusulas de blindaje, sirven como una medida de defensa para el alto directivo, precisamente por tener una relación laboral especial, en la que el empresario tiene unos poderes amplios para poder desistir de la relación de forma unilateral, por una causa no amparada en el despido disciplinario.²³ Por lo tanto, no es una compensación económica de carácter civil, sino una medida de defensa inserta en el contrato de trabajo, que pretende reforzar la posición del alto directivo.²⁴

²² STS de 19 de Oct. 2006.

²³ STS de 12 de Mar. de 1997 (RJ 1997/3576).

²⁴ STSJ de Cataluña de 14 de Abr. 2010 (AS 2010/1145).

En este sentido, ante la posibilidad que el Grupo plantea de no respetar la indemnización pactada en el contrato de AD y acudir al pago de una indemnización por despido objetivo/improcedente, a priori, no parece que pudiera aplicarse, debido a que está blindada y no contemplaron esta posibilidad en el contrato; por lo que, primero tendrían que demostrar que hay una relación laboral y no de alta dirección, esto es, que se dan los requisitos de ajenidad, dependencia y retribución bajo el sistema salarial (art. 1.1 ET), para que después se le pudiera aplicar la indemnización por despido objetivo o improcedente del ET, como trabajador ordinario.

Por otro lado, el Grupo podría intentar alegar que la cláusula de blindaje no es válida, para intentar no respetar la indemnización pactada. Si bien, hay que partir de la premisa del art. 1.727 CC, por la cual se presume que la cláusula existe y es lícita, mientras que el deudor no demuestre lo contrario. Por consiguiente, para intentar conseguir la nulidad de la cláusula de blindaje, el Grupo podría argumentar dos ideas; en primer lugar, que la redacción de la cláusula no es clara y, en segundo lugar, que la cuantía pactada es desproporcionada y constituye un abuso de derecho.^v

Respecto al primer argumento, la falta de claridad, el Grupo podría argumentar que la cláusula no específica ante qué tipo de despido surtiría el efecto del pago de la indemnización, pues simplemente alude de forma genérica a la palabra “despido” y que, por tanto, su redacción no es clara. Este motivo es un problema frecuente que suele afectar a las cláusulas de blindaje, debido a que no concretan de forma suficiente los supuestos en los que se activaría la cláusula, lo que suele provocar que las partes acudan a los tribunales en búsqueda de una interpretación de los términos imprecisos, en este caso, qué se entiende por “despido”, conforme a los arts. 1.281 y 1.289 CC.²⁵

Así las cosas, para que la cláusula de blindaje sea válida debe tener dos elementos fundamentales: la cuantía de la indemnización (o su método de cálculo), y los supuestos extintivos que provocan su aplicación. Por tanto, la cuantía es muy importante para determinar la validez de la cláusula, ya que si no es acorde con la situación de la empresa, podría ser nula por abusiva.^{vi}

²⁵ STSJ de Extremadura de 27 de Jul. de 1995 (AS 1995/2722).

Por otro lado, los supuestos extintivos también son un factor determinante para su validez, cosa que en este caso no se especifican, ya que únicamente se contempla la palabra “despido” de forma genérica. Sin embargo, la jurisprudencia ha dictaminado que cuando se prevé la palabra despido sin mayor concreción, se entiende que se incluye en el concepto la extinción por desistimiento del empresario, ya que, sino sería muy fácil para la empresa eludir el pago de la indemnización pactada, pues utilizarían un nombre distinto al de despido para dar por finalizada la relación contractual.²⁶

Por tanto, quizá esta vía de argumentación no sea la óptima, por lo que el Grupo podría desarrollar más el otro argumento anteriormente enunciado y alegar que la cláusula de blindaje es excesivamente onerosa, y constituye un supuesto de abuso de derecho.^{vii} Este aspecto es de suma importancia para la validez de una cláusula, ya que, en varias ocasiones, la desproporción de la cuantía de la indemnización ha provocado que se considere nula por los tribunales, cuando ésta no guarde relación con el daño sufrido, el servicio prestado o la situación de la empresa.

En esta línea, la jurisprudencia estudia estas cláusulas desde el punto de vista del abuso de derecho (art. 7.2 CC) y el fraude de ley y, por tanto, las considera nulas cuando excedan los límites normales del derecho y se desconecten con la finalidad de los blindajes (pasando de ser un mecanismo de defensa a una vía de lucro para el alto directivo).²⁷

Por tanto, las cuantías indemnizatorias que se contemplan en un contrato de alta dirección serán abusivas cuando sean desproporcionadas o también, cuando en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la obligación inicialmente prevista resulte demasiado onerosa en el momento en el que finalmente se haga efectiva. Así, es crucial que el importe de la indemnización esté ajustado al balance de la empresa, y que no se den indemnizaciones que la puedan perjudicar gravemente, pues se han dado casos de cláusulas de blindaje que, de haberse pagado, hubiesen provocado que la empresa entrara en concurso o en causa legal de disolución.²⁸

Esto sería perfectamente aplicable al caso presente, pues el Grupo pactó una cuantía con el alto directivo extremadamente onerosa (900.000€), que ahora podría ocasionar un perjuicio económico para la empresa, si bien, no tan serio como para que entrase en concurso. Además,

²⁶ STSJ de Cataluña de 9 de May. 2002 (JUR 2002/187662).

²⁷ STSJ de Andalucía de 30 de Jul. 1999 (AS 1999/3459).

²⁸ STSJ de Cataluña de 3 de Oct. 2008 (JUR 2009/38717).

cabe tener en cuenta que el alto directivo D. Patricio, sólo llevaba 2 años y 8 meses trabajando para la Sociedad, por lo que realmente la indemnización es desproporcionada para el poco tiempo que ha sido provechoso su trabajo para la empresa, en contraposición con el perjuicio económico que el pago de esta indemnización supondría para ella.

Sin embargo, hay que tener presente que los blindajes por regla general son admitidos, por lo que en el caso de que se llevara esta cláusula ante los tribunales para discutir su validez, no se podría asegurar con certeza su nulidad, ya que el abuso y la desproporción se debe apreciar siempre con relación al contexto en el que se sitúe, pues también se han dado casos en los que se han admitido cláusulas de blindaje desproporcionadas como válidas.

Por tanto, no considero que se pudiera aplicar la indemnización por despido objetivo o improcedente del ET, pero el Grupo sí que podría intentar argumentar que la cláusula de blindaje no es válida, por ser abusiva e intentar así no pagar la indemnización.

Apartado 4. Mecanismos contractuales de protección frente a las contingencias detectadas.

Una vez hecha la *due diligence* por el Grupo, nuestro despacho ha analizado las contingencias de índole fiscal, de propiedad intelectual y laboral, y consideramos que sería oportuno incluir una serie de cláusulas de manifestaciones y garantías (*reps and warranties, R&W*) y de indemnizaciones (*indemnities*) en el contrato de compraventa de participaciones que protejan al Grupo de las contingencias analizadas.

En la esfera de las transacciones de fusiones y adquisiciones (*M&A*) en España, es habitual que el vendedor ofrezca *R&W* que se complementan con compromisos de indemnización que protegen al comprador ante cualquier declaración inexacta. Esta práctica se ha enriquecido con la introducción de seguros de manifestaciones y garantías (*W&I Insurance*),²⁹ que transfieren la responsabilidad de indemnización al comprador por parte de la aseguradora, dentro de los límites de la póliza.³⁰

²⁹ Seguro de manifestaciones y garantías (Warranty & Indemnity Insurance o "W&I").

³⁰ STS 509/2010 de 3 de Sep.2010.

No obstante, hay que diferenciar entre la responsabilidad derivada de las *R&W* y las *specific indemnities*. Las *warranties* sirven como declaraciones vinculantes sobre la situación actual de la empresa, mientras que las *indemnities* están diseñadas para ofrecer compensación específica por pérdidas o daños futuros resultantes de riesgos conocidos y se centran en regular con detalle las consecuencias de su materialización, estableciendo procedimientos de reclamación y mecanismos de compensación detallados.^{viii}

La jurisprudencia³¹ ha jugado un papel clave al aliviar la carga probatoria que tradicionalmente recaía sobre el comprador en casos de incumplimiento por parte del vendedor.^{ix} Así, se ha determinado que, si las cláusulas de *R&W* explicitan la ausencia de contingencias negativas, y estas se demuestran falsas, la responsabilidad recae en el vendedor, sin necesidad de probar dolo contractual omisivo, a menos que el vendedor evidencie que el comprador estaba al tanto de dichas contingencias en el momento del contrato.^x

Por tanto, la presencia de las *warranties* y las *indemnities* en los contratos de compraventa ofrece resguardo al comprador frente a la aparición de riesgos no detectados durante la *due diligence* y a través de ellas se estipulan límites temporales y cuantitativos a la responsabilidad del vendedor, extendiendo, (en virtud del art. 1.964 del CC) el plazo para reclamar a cinco años, en lugar de los seis meses indicados en el art. 1.490 del mismo código.^{xi}

Además, las cláusulas indemnizatorias que limitan la responsabilidad del vendedor a menudo incluyen umbral mínimo para reclamaciones y una cuantía máxima de indemnización, generalmente vinculada al precio de compra de la empresa. Dichos límites están diseñados para equilibrar los intereses de ambas partes, protegiendo al vendedor de demandas desmedidas y al comprador de pérdidas sustanciales. Además, se establecen periodos temporales,³² comúnmente entre 12 y 24 meses, para la mayoría de las contingencias, excepto aquellas fiscales, laborales y administrativas, para las cuales se suele fijar un plazo igual al de prescripción legal.^{xii}

La incorporación de estas cláusulas en los contratos de compraventa de empresas en España refleja una evolución hacia prácticas más rigurosas y transparentes en el ámbito de M&A. El marco legal se ha adaptado para proporcionar certeza y equidad, permitiendo a las partes

³¹ SSTS, de 11 de Jul.2008 y 16 de Abr.2015, SAP Barcelona de 5 de En. 2000, SAP Madrid de 23 de En. 2017 y SJ Merc. Badajoz de 10 de En. 2020.

³² SAP Madrid de 6 de Jul. 2006 (JUR 2006\270634), la SAP Barcelona de 23 de Dic. 2010 (JUR 2012\29192).

negociar con una comprensión clara de sus derechos y obligaciones. Esta claridad contractual, reforzada por la jurisprudencia, no solo aumenta la confianza en las transacciones de *M&A*, sino que también facilita la fluidez del mercado y el desarrollo económico, por lo que resulta muy positivo incluirlas en el contrato.^{xiii}

Por otro lado, el seguro de *W&I* se ha establecido como un mecanismo crucial en las transacciones de *M&A*, con la ventaja de ser contratado tanto por el comprador como por el vendedor. La elección entre seguros con o sin recurso determinará si es posible reclamar al vendedor una vez se haya superado un cierto umbral de responsabilidad, como se indica en las pólizas contratadas por los vendedores.^{xiv} La aseguradora desempeña un papel activo en la *due diligence* y en la redacción de las cláusulas de las *R&W*, lo que añade solidez financiera tras el cierre de la operación y resulta beneficioso en casos con múltiples vendedores o cuando se busca mantener relaciones comerciales posventa sin conflictos.

Sin embargo, este tipo de pólizas suelen excluir de cobertura contingencias conocidas al momento de la suscripción, obligaciones de gestión post-cierre, actos delictivos del asegurado, y contingencias ambientales, fiscales o relacionadas con la prevención de blanqueo de capitales; precisamente para mitigar el riesgo de la aseguradora.^{xv}

Ahora bien, considerando las tres contingencias identificadas durante la *due diligence* de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L., el Grupo LATINO GANG INC. debe emplear mecanismos contractuales que ofrezcan protección y mitiguen los riesgos asociados a la adquisición del 51% de la sociedad. Para ello, se recomienda la inclusión de las siguientes cláusulas y acuerdos en el contrato de compraventa de participaciones:

Para la contingencia tributaria derivada de la no declaración de ingresos ante la AEAT, resulta esencial la incorporación de *warranties* en la que el vendedor manifieste que todas las declaraciones fiscales de la Sociedad han sido presentadas correctamente y que los impuestos han sido pagados. Además, podrían incorporar una cláusula de *indemnities* específica que obligue al vendedor a asumir la responsabilidad y los costes que pudieran surgir por posibles investigaciones y sanciones de la AEAT relacionadas con el incumplimiento mencionado. En ella se deberán detallar los riesgos fiscales conocidos y establecer un procedimiento de reclamación en caso de materialización del riesgo, así como cuantificar la indemnización a cargo del vendedor, incluyendo tanto las sanciones impuestas como los recargos y costes asociados.

Frente a la acción legal interpuesta por Dña. Rosario García-Despechá en relación con la marca “MOTOPAPI”, se recomienda incluir una cláusula de *R&W* por la que el vendedor asegure que la Sociedad posee todos los derechos de propiedad intelectual necesarios para sus productos y servicios y que estos no infringen derechos de terceros. Además, sería apropiado que el contrato contenga una *specific indemnity* para abordar explícitamente esta disputa legal con la cantante, en la que se cuantifique la responsabilidad y los gastos de defensa legal, así como cualquier indemnización que pudiera resultar de un fallo adverso en los tribunales.

Por último, con respecto a la posible terminación del contrato del Director General D. Patricio Quevedo. Se podría introducir otra cláusula de *specific indemnity*, por la que se establezca que el vendedor será responsable de pagar la indemnización al alto directivo, en caso de que se deba incurrir en una indemnización mayor a la esperada debido al incumplimiento o mal manejo de este procedimiento por parte del vendedor.

Además, en todas las cláusulas, es crucial que el contrato estipule límites temporales y cuantitativos claros para las responsabilidades del vendedor, que vayan en línea con lo establecido en los arts. 1.964 y 1.490 del Código Civil, ampliando el plazo para reclamaciones más allá de los seis meses estándar y ajustándolos a la naturaleza y alcance de cada contingencia.

Además, el Grupo debería considerar la posibilidad de suscribir un seguro de *W&I* para cubrir las responsabilidades derivadas de las manifestaciones y garantías, pues dicha póliza proporcionaría una capa adicional de protección frente a las contingencias identificadas, siempre y cuando no estén excluidas en la cobertura de la póliza. Así, deberá negociarse quién asumirá la prima de la póliza y cómo afectará esto a los términos de la transacción, incluyendo la posibilidad de deducir este coste del precio de compraventa.^{xvi}

Por otro lado, en el caso de las *specific indemnities*, se debe tener especial cuidado en la redacción para que sean precisas y abarquen los costes adicionales que podrían surgir, tales como los honorarios de los asesores legales y fiscales, los intereses de demora, y cualquier otra penalización. Además, en el contrato se deben establecer mecanismos para la retención de una parte del precio de compraventa o la creación de un fondo de *escrow* que garantice la disponibilidad de fondos para cubrir potenciales indemnizaciones.^{xvii}

Finalmente, para las R&W, es recomendable que se especifiquen aquellas que tienen como base la *due diligence* realizada, subrayando aquellos aspectos que se han verificado y confirmado por el vendedor y aquellos riesgos que han sido revelados. Por otra parte, el contrato debe contemplar la facultad de resolución por parte del comprador ante el incumplimiento de esas R&W, por ser un incumplimiento contractual esencial (*material breach*).

En esta línea, también será conveniente incluir una cláusula de resolución de conflictos, que establezca de forma clara y expresa el sometimiento a la mediación o al arbitraje como alternativas a la vía judicial, con el objetivo de resolver de forma más ágil, confidencial y menos onerosa los conflictos que pudieran surgir entre las partes tras el cierre de la operación.

En conclusión, un contrato de compraventa de participaciones bien estructurado, que integre todas las medidas de protección mencionadas, permitirá al Grupo LATINO GANG INC. abordar con confianza y seguridad la adquisición de PRODUCCIONES GASOLINA, S.L., minimizando los riesgos y asegurando una transición exitosa en su expansión al mercado español.

PARTE 2

Apartado 1. Reparto de dividendos.

El Grupo también nos ha pedido asesoramiento en una serie de cuestiones mercantiles, así para distribuir dividendos, se deben tener en cuenta las disposiciones de la LSC.³³ Lo primero que quiero destacar es que una sociedad puede generar beneficios y no tener liquidez para hacer el reparto de dividendos, por lo que para saber si se puede repartir dividendo o no, habrá que observar si se cumplen los requisitos de la LSC. Así las cosas, la Sociedad podrá repartir dividendo si su resultado es positivo, tiene cubierta la reserva legal, ha compensado previamente las pérdidas de los ejercicios anteriores, no se encuentra en una situación de desequilibrio patrimonial y la cifra del patrimonio neto es superior a la del capital social.

³³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, observamos que el resultado del ejercicio es positivo (5 millones de euros). Ahora bien, para poder distribuir dividendos hay que comprobar si la reserva legal está bien dotada. El art. 274 LSC establece que antes de distribuir dividendos, la Sociedad debe destinar al menos el 10% de sus beneficios a la reserva legal hasta que ésta alcance al menos el 20% del capital social. En este caso, la reserva legal y estatutaria asciende a 30 millones de euros, lo que supera el 20% del capital social (50 millones de euros). Por lo tanto, no será necesario destinar más fondos a la reserva legal, pues está suficientemente dotada.

El art. 275 LSC, contiene las normas para el reparto de dividendos en función de si la sociedad es limitada o anónima; por tanto, al adquirir el Grupo el 51% de las participaciones de la sociedad Producciones Gasolina S.L., entiendo que se les aplica el apartado primero y por ende, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social y será la JG quien acordará la forma y el momento del acuerdo de distribución de dividendos (art. 276 LSC). No obstante, a falta de determinación, el dividendo se repartirá en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo, siendo el plazo máximo para abonarlo, 12 meses desde la fecha del acuerdo de la JG para aprobar la distribución.

En segundo lugar, para garantizar la estabilidad financiera de la Sociedad, también es importante asegurarse de que el reparto de dividendos no afecte a las reservas de revalorización ni a las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores. Dado que el beneficio del último ejercicio es de 5 millones de euros, la Sociedad podría repartir esos beneficios como dividendos, siempre y cuando no afectasen negativamente a otras partidas del patrimonio neto ni comprometiesen la solvencia financiera de la Sociedad.

Por tanto, según el art. 273.3 LSC, la sociedad puede repartir dividendos en la medida en que las reservas acumuladas o beneficios no repartidos sean superiores a la cifra del capital social, junto con las reserva legal/estatutaria obligatoria, esto es, si el valor del patrimonio neto es mayor a la cifra del capital social. Sin embargo, en este caso lo es, pues teniendo en cuenta la cifra del CS (50 M), más las reservas legales (30M) y voluntarias (10 M), más la reserva de revalorización (5M) y las aportaciones de los socios (20 M), menos las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores (-130 M), más el beneficio del último ejercicio (5M), da un resultado de -10 M (120 PN, menos 130 pérdidas), y por tanto, si no tenemos en cuenta el préstamo participativo no se podría repartir dividendos, pues no se alcanzaría este umbral.

Sin embargo, hay una Resolución de 20 de diciembre de 1996, del ICAC³⁴, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable, por la cual se considera que los préstamos participativos, aunque figuren en la parte del balance como acreedores (pasivo), “se van a cuantificar en el patrimonio neto a efectos de reducción de capital y disolución de sociedades previstos en la legislación mercantil.” Por lo que, en esos dos casos, se podrían contar como Fondos Propios, pero para el resto de situaciones se considerará que es pasivo.

Ahora bien, habrá que ser cuidadosos con el préstamo participativo, ya que al ser considerado fondos propios en ciertos casos, si se pudieran cancelar libremente, reduciendo el patrimonio de la empresa, los acreedores estarían en una situación desfavorable respecto del prestamista participativo, pues la empresa destinaría su liquidez par la amortización de éstos, en vez de pagar las deudas con los proveedores de la propia actividad.^{xviii}

Así, para contrarrestar esta posibilidad, las partes contratantes del préstamo podrán acordar en él una cláusula penal, para el supuesto de amortización anticipada, a fin de garantizar la solvencia de la sociedad de cara a los acreedores. De este modo, podrían establecer que el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo, si dicha amortización se compensa con una ampliación de capital, por el mismo importe que ese préstamo y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.^{xix}

Lo que se pretende con este límite legal, es salvaguardar el capital social, a fin de evitar que se haga una devolución de aportaciones a los socios, disfrazada del mecanismo de dividendo, antes de haber satisfecho las correspondientes deudas a los acreedores sociales (art. 278 LSC). Si bien, el accionista de buena fe no se verá afectado por esta regla de restitución de dividendos, en el caso de que se hubiera repartido indebidamente.

En tercer lugar, se deberá observar si la sociedad no se encuentra en una situación de desequilibrio patrimonial, es decir ver que la cifra del PN, no esté por debajo de la mitad del CS, pues de lo contrario se podría encontrar en causa de disolución del art. 363.1e) LSC. En este caso, se puede apreciar que no está en causa de disolución, pues la cifra del PN es superior

³⁴ Resolución de 20 de diciembre de 1996, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil.

a la del CS, por lo que se estaría cumpliendo con este requisito, para poder proceder al reparto de dividendos.

Por tanto, para poder repartirlos, los administradores deberán formular un estado contable (que posteriormente se incluirá en la memoria) en el que se manifieste que la sociedad cuenta con liquidez suficiente para poder acordar la distribución. No obstante, la cantidad que se vaya a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos en el último ejercicio anterior, una vez que se hayan descontado las pérdidas acumuladas de ejercicios previos, las sumas destinadas a las reservas legales o estatutarias y la estimación del impuesto a pagar sobre esas ganancias (art. 277 LSC).

En definitiva, según el balance aportado, si no se tuviera en cuenta el préstamo participativo, la cifra del PN sería inferior a la del CS, por lo que no se podrían repartir dividendos, pues los FFPP darían un resultado negativo de menos 10 M. Por el contrario, si incluyésemos el préstamo participativo como FFPP, si que superaría el umbral y por tanto, se podrían repartir dividendos, pero para ello, sería necesario hacer un aumento de capital por el mismo importe del préstamo participativo para asegurar la estabilidad financiera de cara a los acreedores sociales.

Apartado 2. Ejercicio de derechos políticos por el socio minoritario D. Omar.

Con relación a esta otra cuestión, el despacho a estudiado si D. Omar, como socio minoritario titular del 25% del capital social, está facultado o no para exigir el nombramiento de D. Lewis García como nuevo miembro del Consejo de Administración de la Sociedad, con base en sus derechos políticos.

La titularidad de acciones o participaciones en sociedades limitadas o anónimas confiere a los titulares la condición de socios, lo que conlleva una serie de derechos y obligaciones. La LSC reconoce una serie de derechos mínimos que los socios pueden ejercitar simplemente por ser titulares de un porcentaje de participación en el capital social.^{xx}

Estos derechos básicos incluyen, según lo establecido en el art. 93 de la LSC, la participación en la distribución de ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, el

derecho de tanteo para adquirir preferentemente participaciones en venta por otros socios y el derecho de suscripción preferente en ampliaciones de capital.^{xxi} Asimismo, se les concede el derecho de asistir y votar en las juntas generales de la sociedad y el derecho de impugnar acuerdos sociales. Estos derechos son fundamentales y se ejercen de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes.

Además de los derechos mínimos, la LSC va más allá al reconocer derechos adicionales denominados "derechos de la minoría".^{xxii} Estos derechos son otorgados a los socios que representan un porcentaje específico del capital social y complementan los derechos mínimos mencionados anteriormente e incluyen la posibilidad de nombrar consejeros en el Consejo de Administración de la S.A. mediante el sistema de representación proporcional, como se establece en el art. 243 de la LSC. Este sistema permite a la minoría designar miembros del consejo en función de su porcentaje de acciones y en relación con el número total de consejeros.

Por tanto, si se cumplen los requisitos, como la existencia de vacantes y la acumulación de un número suficiente de votos por parte de la minoría, se garantizará su representación en el Consejo, lo que es altamente beneficioso para ellos, pues les otorga acceso a información relevante y les da capacidad para supervisar las decisiones de los consejeros designados por la mayoría.^{xxiii}

Así las cosas, en el presente caso, D. Omar es titular del 25% y como expresión de sus derechos políticos, precisamente ha solicitado nombrar a D. Lewis García como nuevo administrador. Esto estaría bien planteado, si estuviéramos ante una S.A., donde tiene cabida el sistema de representación proporcional del 243 LSC. A modo de ejemplo práctico, en este caso, al estar compuesto el Consejo por 5 miembros, si dividimos el total de las acciones 100% entre 5 miembros, da un resultado de 20%, por lo que cualquier accionista que posea más de un 20%, en virtud de este derecho de la minoría (que busca equilibrar el poder del Consejo), podría nombrar a un consejero, aunque no participaría en la elección de los restantes consejeros.

Por consiguiente, D. Omar tendría la participación suficiente para poder exigir el nombramiento de D. Lewis García, lo que le permitiría tener más información de los acuerdos que se adoptan y de la gestión social y por tanto, tendría una posición menos vulnerable de cara al resto de socios mayoritarios. Sin embargo, es cierto que la presencia de minoritarios en el consejo, puede llevar a entorpecer su funcionamiento, sobre todo cuando hay una relación

conflictiva entre los mayoritarios y el minoritario, el cual es el caso que se nos plantea. Si bien, el legislador prima el derecho del socio minoritario a participar en la gestión, por encima del interés por la buena marcha de la sociedad.

No obstante, PRODUCCIONES GASOLINA, S.L., al ser una sociedad de responsabilidad limitada, no cuenta con este derecho, pues el sistema de representación proporcional (como excepción al principio del nombramiento de los administradores por la JG) solo está previsto para las sociedades anónimas, por lo que D. Omar, no podría invocar este derecho.^{xxiv} Aunque, hay autores que afirman que es posible acordar algo similar mediante acuerdos estatutarios o parasociales; pero en el presente caso, no se menciona que se haya pactado nada de este estilo, por lo que parece que en principio no gozaría de este derecho.

Además, el silencio legal sobre la cabida de este derecho en las limitadas se ha interpretado en el sentido de prohibir las cláusulas estatutarias que lo incluyan, ya que en el art. 214.1 LSC, se menciona que la JG es la que tiene competencia exclusiva para el nombramiento de los administradores. No obstante, la jurisprudencia es muy confusa, ya que el TS ha permitido que se utilice este sistema de representación proporcional en las limitadas, anulando el art. 191 RRM, lo que genera gran inseguridad, pues la ley no lo prevé, pero el Supremo se ha manifestado en sentido contrario.³⁵ Por consiguiente, siguiendo la ley, D. Omar, no estaría facultado para exigir la nominación de D. Lewis García, pero con base en la doctrina del Supremo, sí que tendría cabida el nombramiento.^{xxv}

En segundo lugar, voy a pasar a analizar si D. Omar estaría capacitado para impugnar un eventual acuerdo negativo de la Junta de socios y plantear una acción de responsabilidad contra el Consejo de Administración por los daños causados, por infracción del deber de lealtad.

La JG de una sociedad, como órgano supremo de toma de decisiones, manifiesta su voluntad social a través de acuerdos que, una vez adoptados por la mayoría, adquieren un carácter vinculante para todos los socios, siempre y cuando se ajusten a las disposiciones legales y no entren en conflicto con los estatutos de la empresa. En este contexto, la impugnación de acuerdos sociales desempeña un papel fundamental al servir tanto como instrumento de defensa de intereses colectivos, como de intereses individuales de los socios.

³⁵ STS, 941/2009 , de 6 de Mar. 2009.

Así las cosas, existen dos vías para la defensa de los intereses de los socios. Por un lado, a través de la acción de impugnación de acuerdos sociales (ya sea de la JG o del Consejo de Administración), que se articula vía 204 y ss. de la LSC., por la que se solicita al juez que declare la nulidad del acuerdo por ser contrario a la Ley, los estatutos o el interés social; o bien por otro lado, a través de la acción de responsabilidad (social – arts. 238 al 240 LSC, o individual- art. 241 LSC), por la que se solicita al juez que declare que el órgano de administración ha causado daños, ya sea a la sociedad (social) o bien a un socio en particular (individual) y por la que se solicita una indemnización por esos daños que ha causado el órgano de administración.

Ahora bien, voy a desarrollar la primera vía de defensa que pretende ejercitar D. Omar, la impugnación del acuerdo social, la cual se recoge en el 204.1 LSC, y por la que se puede impugnar cualquier acuerdo que sea contrario a la Ley, se oponga a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesione el interés social, en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Asimismo, cabe destacar que, en el caso de que un acuerdo sea contrario al orden público, se otorga a los socios que hayan adquirido tal condición con posterioridad al acuerdo la posibilidad de impugnarlo.

El derecho a impugnar acuerdos sociales se encuentra detallado en el art. 206.1 de la LSC, que establece que están legitimados para ejercitar la impugnación de acuerdos sociales: cualquiera de los administradores, terceros con un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre y cuando representen, de manera individual o conjunta, al menos el 1 % del capital social.^{xxvi} Este porcentaje se establece como un umbral mínimo que garantiza que la impugnación sea ejercitada por quienes tengan un nivel significativo de participación en la sociedad.

Asimismo, el art. 206.2 de la LSC, establece que cualquier socio estará legitimado para llevar a cabo la impugnación, cuando los acuerdos adoptados en la Junta sean contrarios a la ley, lo que establece un mecanismo fundamental de control y supervisión sobre las decisiones tomadas en el ámbito societario.^{xxvii}

Ahora bien, en el marco de la impugnación de acuerdos, se considera relevante el concepto de "lesión del interés social", que se produce no solo cuando un acuerdo causa daño al patrimonio

social, sino también cuando se adopta de manera abusiva por la mayoría, es decir, sin una justificación razonable en beneficio propio y en detrimento injustificado de otros socios. Este enfoque busca garantizar que las decisiones tomadas en las juntas generales sean equitativas y no perjudiquen de manera injusta a determinados socios.

Por tanto, D. Omar, podría articular la impugnación del acuerdo social con base en este motivo, alegando que se ha producido un daño al interés social al negarle nombrar un administrador, pues se estaría imponiendo el acuerdo de manera abusiva por la mayoría en beneficio propio y en perjuicio de la minoría (es decir, de D. Omar). En el contexto de la impugnación de acuerdos, esta vía a veces se utiliza como una herramienta legal, que permite a los socios minoritarios buscar una salida de la sociedad, ya sea buscando la adquisición de sus participaciones por parte de los socios mayoritarios o la reducción de capital y la devolución de sus aportaciones.^{xxviii}

Sin embargo, no parece que D. Omar quiera emprender esta vía con el objetivo de salir de la sociedad, sino para que se anule el acuerdo y él consiga nombrar a D. Lewis García como administrador. Aunque, la impugnación tiene ciertos límites, ya que el socio no puede impugnar el acuerdo social adoptado por la Junta, con base en un motivo que carezca de trascendencia, pues la jurisprudencia, a través de la teoría denominada “doctrina de relevancia” ha restringido el ejercicio de este derecho, cuando la impugnación no sea relevante ni determinante para la válida convocatoria de la junta, su constitución o para el ejercicio del derecho de voto.³⁶

Por tanto, para ejercitar la acción de impugnación, D. Omar deberá demostrar que se ha dañado el interés social y que ha habido un abuso de la mayoría a la hora de adoptar el acuerdo, por vía del 204.1 LSC.³⁷

Por otro lado, D. Omar podría ejercitar la vía de la acción de responsabilidad. La LSC establece que los administradores deben actuar con lealtad y buena fe en todas sus decisiones relacionadas con la gestión y administración de la sociedad, lo que incluye el respeto de los derechos políticos y económicos reconocidos a cada socio por ley o estatutos. Esta obligación

³⁶ STS 406/2023, de 24 de Mar. 2023.

³⁷ SAP de Barcelona 212/2023, de 10 de En. 2023.

tiene un papel crucial en el contexto de la impugnación de acuerdos y acciones de responsabilidad.

Por tanto, si los administradores no cumplen con sus deberes, y se demuestra dolo o culpa, los socios pueden emprender una acción social de responsabilidad contra los administradores, por vía del art. 238 LSC (siempre y cuando ostenten al menos el 5% del capital social) y se hubieran causado daños a la sociedad; o bien, cualquier socio (con independencia de su porcentaje de participación en el capital social) podrá emprender una acción individual de responsabilidad contra los administradores, por los actos que lesionen directamente sus intereses individuales.

En consecuencia, al tener D. Omar una participación suficiente, podrá ejercitar la acción social de responsabilidad por vía del art. 239.1 LSC, con fundamento en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la JG, si alega que el daño se ocasiona a la sociedad en su conjunto. Si la acción se estima, los administradores tendrán que indemnizar al patrimonio de la sociedad y D. Omar (como socio minoritario) podría acumular la acción de enriquecimiento injusto, con la acción principal e indemnizatoria, ya que son compatibles, debido a que se corresponden con el mismo interés y se basa en los mismos hechos.^{xxix} No obstante, D. Omar también podría emprender una acción individual de responsabilidad, por vía del art. 241 LSC, por los daños que esa decisión le ha causado directamente a él.^{xxx}

Cabe mencionar que, la LSC establece que los administradores tienen el deber de actuar con lealtad y buena fe (art. 227 LSC), respetando los derechos de los socios reconocidos legalmente y absteniéndose de votar en situaciones de conflicto de interés (art. 228 y 229 LSC). Por tanto, esta obligación incluye el respeto a los derechos políticos y económicos reconocidos a cada socio por ley o estatutos.^{xxxi} Así las cosas, si D. Omar impugna un eventual acuerdo negativo sobre su propuesta y presenta acciones contra el Consejo de Administración por infracción del deber de lealtad, podría tener éxito si se demuestra que su propuesta fue rechazada de manera injustificada y perjudicial para el interés social³⁸ y que no se respetó su derecho político reconocido legalmente como socio minoritario, lo que podría suponer un problema para la Sociedad.

³⁸ STS 873/2011, de 7 de Dic. 2011, (F2).

Apartado 3. Derecho de información del socio minoritario D. Omar.

Por otro lado, en relación con la solicitud de información de D. Omar, hemos visto que la LSC establece que los socios, tanto de una S.L. como en una S.A., tienen el derecho a solicitar información, como derecho subjetivo inherente a su condición de socio (art. 93 d) LSC) y la doctrina jurisprudencial lo considera como un derecho imperativo, por lo que no puede suprimirse, aunque sí regularse por los estatutos sociales.³⁹

El TS ha afirmado que el derecho de información va más allá del puro derecho a poder preguntar y que comprende la posibilidad de solicitar documentación, siempre que guarde relación con los asuntos comprendidos en el orden del día. Por tanto, no se puede restringir, pues es un derecho independiente, aunque pueda servir a la finalidad instrumental del derecho al voto. Asimismo, el Tribunal ha manifestado que "no es necesario un vínculo 'directo y cercano' entre la documentación solicitada y los temas de la agenda, debiendo atenderse al juicio de relevancia en el caso específico".

Así las cosas, el derecho de información se justifica por el hecho de que quien forma parte de una sociedad de capital y ha invertido un determinado patrimonio en ella, esté al corriente de la vida societaria y de la gestión y administración de la sociedad, con el fin de poder tomar decisiones de voto, venta de participación o exigencia de responsabilidad a los administradores, de la mejor manera posible. Por tanto, este derecho comprende la facultad de poder preguntar y examinar la documentación y archivos de la sociedad y por parte de los administradores, el deber a contestar a la información solicitada.

En concreto, en una S.L., los socios tienen derecho a solicitar información, por escrito antes de que se celebre la JG o verbalmente durante la misma, sobre los asuntos incluidos en el orden del día. Además, el socio tiene derecho a examinar la contabilidad y a obtener la documentación relativa a la certificación de los acuerdos sociales o el libro-registro de socios, pero debe existir una conexión entre lo que se pregunta y lo que forma parte del orden del día de la reunión.^{xxxiii}

Ahora bien, el socio de una S.L., en este caso, D. Omar, podrá pedir determinado tipo de información, en función de su participación en el capital social. En primer lugar, por el mero

³⁹ STS 608/2014, de 12 de Nov. 2014. Rec. 664/2013.

hecho de ser socio (independientemente del porcentaje que ostente), podrá solicitar por escrito, antes de la celebración de la Junta o verbalmente durante su celebración, todo tipo de aclaraciones, o informes a cerca de los puntos incluidos en el orden del día que estime oportunos, a lo que el Órgano de Administración deberá contestar proporcionándole esa información, siempre y cuando no sea contraria al interés social (art. 196 LSC).^{xxxiii}

Además, cualquier socio, podrá solicitar una copia gratuita de los documentos que vayan a ser sometidos a aprobación de la JG Ordinaria (es decir, de las cuentas anuales, el informe de gestión y el informe de auditoría, si procediese); así como también, tendrá derecho a obtener certificación de los acuerdos y Actas de las Juntas Generales (art. 272.2 LSC).

En segundo lugar, cuando el socio ostente un 1% del capital social, podrán impugnar los acuerdos sociales, con base en la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por los administradores (art. 204.3 b) LSC). En tercer lugar, cuando el socio tenga una participación del 5%, tendrá derecho a examinar en el domicilio social, si precisa, acompañado de un experto contable, los documentos contables (art. 272.3 LSC), de tal forma que si se lo impiden, podrá impugnar los acuerdos sociales relativos a la aprobación de las cuentas anuales y la gestión social.

Ahora bien, el hecho de que D. Omar ejercitase este derecho, no excluiría la capacidad para poder exigir el derecho de información adicional al respecto de entrega de documentos contables que vayan a ser objeto de aprobación por la Junta, por lo que ambos derechos son compatibles.⁴⁰ Sin embargo, el derecho del art. 272.3 LSC, es una norma dispositiva, por lo que podría suprimirse por vía de modificación estatutaria y ello no supondría abuso de derecho.⁴¹ Eso sí, en todo caso la solicitud de información por el socio ha de hacerse conforme a la buena fe, no pudiendo ejercitarse forma intempestiva, si bien, cuando se trate del derecho a examinar la contabilidad del art. 272.3 LSC, no será necesario advertir previamente a la sociedad.⁴²

Finalmente, cuando el socio represente el 25% del capital social, podrá exigir cualquier tipo de información, siempre y cuando esté relacionada con los asuntos incluidos en el orden del día,

⁴⁰ SAP de Madrid 1171/2021, de 29 de En. del 2021. y SAP de Madrid , 188/2009, de 10 de Jul. 2009.

⁴¹ SAP de Madrid 18/2010, de 29 de En. del 2010 y SAP Badajoz 123/2012, de 12 de Mar. 2012.

⁴² SAP de Barcelona 10081/2022, de 27 de Sept. 2022.

y los administradores no se la podrán denegar con base en el art. 196.3 LSC. En otras palabras, D. Omar, tiene derecho a solicitar información y debido a que ostenta ese porcentaje, no le podrán denegar la información. Esto se establece para garantizar que los socios con una participación significativa en el capital social tengan un acceso efectivo a la información que solicitan.

En consecuencia, atendiendo a lo que dice la LSC, parece que los administradores sí deberán darle la información relativa a las ventas de los discos lanzados por la Sociedad en 2023, (ya sea de forma oral o escrita), pues de lo contrario, si no se la facilitaran o se la dieran de forma incorrecta o incompleta, se estaría produciendo una infracción del derecho de información,⁴³ lo que podría llevar a la anulación del acuerdo social al que la solicitud de información iba referida, aunque respetando los límites del 204.3 b) de la LSC.

Sin embargo, los administradores podrán denegar la información cuando sea innecesaria para la protección de los derechos del socio, si la información solicitada no tiene conexión con ninguno de los puntos del orden del día, si existen motivos para apreciar la utilización de esa información con fines extrasociales o si perjudican el interés social (art. 196.2 LSC).

Ahora bien, parece ser que en este caso, la información que D. Omar ha solicitado no tiene nada que ver con los puntos a tratar en la junta, sino que más bien tiene como objetivo obstaculizar el trabajo del Consejo de Administración, con tareas irrelevantes o monótonas. Por lo tanto, los administradores podrían denegársela argumentando que D. Omar está ejercitando su derecho de información de forma abusiva e innecesaria para ejercer sus derechos como socio y que eso va en contra de la buena fe, pues los documentos que ha solicitado no son relevantes para que D. Omar ejercite sus derechos de voto.^{xxxiv}

En esta línea, el TS, entiende que hay un ejercicio abusivo del derecho de información, si se puede demostrar que la solicitud “sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho o de la finalidad que se persigue con él”.⁴⁴ Además, si la solicitud de la información puede llegar a ser perjudicial para los intereses sociales, los administradores

⁴³ SJM Murcia 3084/2019, de 13 de Nov. 2019. y SAP de Valencia 932/2021, de 30 de Mar. 2021.

⁴⁴ STS 598/2006, 16 de Jun. de 2006 y STS 148/2007, 14 de Feb. de 2007

podrán denegarla, aunque D. Omar posea un 25% del capital social, pero deberán argumentarlo extensamente para que no se aprecie como una infracción de su derecho de información.⁴⁵

Sin embargo, en el caso de que los administradores tuvieran que proporcionar esa información deberán dársela a D. Omar de la siguiente manera. Así, si la solicitud se realiza antes de la JG, la información deberá proporcionarse de forma oral o escrita antes de la celebración de la JG y si se solicita durante la JG y no se puede responder en ese momento, los administradores deberán proporcionarla en el plazo de los 7 días posteriores a la celebración de la Junta. Por consiguiente, la información podrá proporcionarse en forma oral o escrita, atendiendo a la naturaleza de la información solicitada y del momento en que se efectúe la solicitud.

Es importante destacar que los administradores tienen la obligación de cumplir con los plazos y proporcionar la información de manera completa y precisa, ya que como comentaba anteriormente, si no se cumple con esta obligación, D. Omar tendría derecho a exigir el cumplimiento y en caso de incumplimiento, podría impugnar la decisión de los administradores de no proporcionar la información, con base en el art. 204.3 b) LSC.

PARTE 3

Apartado 1. Decisiones estratégicas para mejorar la estructura y eficiencia de la Sociedad.

En este apartado, el despacho ha estudiado las distintas posibilidades que la Sociedad puede llevar a cabo, para que Summer Sound Barcelona, S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pase a estar controlada por la Sociedad. Así, para cambiar el control de Summer Sound Barcelona, S.L.U., hemos valorado una serie de alternativas basadas en la normativa mercantil, tanto la LSC como en el RDL 5/2023, de 28 de junio.

En primer lugar, se podría llevar a cabo una **venta de participaciones**, vía transmisión voluntaria por actos inter vivos conforme al art. 107.1 LSC, pues establece que será libre la transmisión voluntaria de participaciones en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. Por lo tanto, la Sociedad podría comprar todas las participaciones de Summer Sound Barcelona, S.L.U. (que pertenecen a Summer Sound, S.L.U.) sin ninguna

⁴⁵ SAP Madrid 2915/2013, de 15 de Feb. 2013.

limitación más que conste en documento público (art. 106.1 LSC), para su posterior inscripción en el Libro-registro de socios.

Esta operación implicaría un cambio en la titularidad de las participaciones y, por lo tanto, en el control de la filial y de esta forma, permitiría que la subfilial pasase a estar controlada directamente por la Sociedad, ya que tendría el 100% de las participaciones de ésta. Además, la transmisión sería sencilla al ser intragrupo.

No obstante a nivel fiscal, esta operación sí que estaría sujeta al Impuesto de Sociedades, ya que la transmisión de las participaciones podría generar una ganancia o pérdida en la sociedad que vende las participaciones (en este caso, Summer Sound, S.L.U.). Sin embargo, el art. 21.1 a) LIS, prevé la exención de la tributación, cuando se den los requisitos (participación mayor al 5% de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya).

Por otro lado, no estaría sujeta al ITPAJD, en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), por el art. 7.4 de la ley, ya que constituye una entrega de bienes que estaría gravada por el IVA, y en este caso, por el art. 20.18 l) LIVA, esta operación de transmisión quedaría exenta.

Sin embargo, al no conocer el valor nominal de las participaciones, no podemos calcular que nivel de coste implicaría esta operación desde el punto de vista contable. No obstante a nivel mercantil, sería una operación muy sencilla que permitiría que Summer Sound Barcelona, S.L.U., dejase de estar controlada al 100% por Summer Sound, S.L.U. y pasase a estar controlada al 100% por la Sociedad y que desde el punto de vista fiscal, no sería especialmente gravosa.

En segundo lugar, se podría plantear una **fusión por absorción** (o también llamada, fusión inversa)^{xxxv} del art. 56.1 del RDL 5/2023, de 28 de junio. Según el art. 56.1 de la ley citada, una fusión por absorción implica que una reestructuración empresarial por la cual, una sociedad (absorbente), adquiere otra (absorbida), la cual se disuelve y deja de existir como entidad independiente, pues traspasa la totalidad de su patrimonio en bloque a la absorbente, pasando esta a ser la nueva titular de los derechos y obligaciones (activos, pasivos, derechos y obligaciones fiscales) de la sociedad absorbida.^{xxxvi}

Es lo conocido como la fusión inversa, por la cual Summer Sound, S.L.U. (filial), se disolvería, ya que la absorbería Summer Sound Barcelona, S.L.U. (subfilial), pasando a integrar así ésta la totalidad del patrimonio (activos y pasivos) y por ende, las participaciones del 100% que la filial tiene sobre la subfilial. En consecuencia, esta operación permitiría disolver la sociedad que está generando pérdidas (la cual es Summer Sound, S.L.U) y hacer que la subfilial de Barcelona, integrara así las participaciones y pasara a depender directamente de la Sociedad.

En general, las fusiones por absorción pueden beneficiarse del régimen especial de neutralidad fiscal establecido en la LIS, siempre que se cumplan ciertos requisitos y se realice la correspondiente comunicación a la Agencia Tributaria (art. 83 y 84 LIS). En este caso, la fusión no generaría una tributación inmediata por las ganancias o pérdidas derivadas de la transmisión del patrimonio.⁴⁶ No obstante, quizá desde el punto de vista contable no sea lo más idóneo, ya que por esta vía de la fusión por absorción inversa, Summer Sound Barcelona, S.L.U., asumiría las pérdidas de la absorbida, lo que podría generarle un impacto contable negativo en su balance.

Sin embargo, como comentaba, a nivel fiscal, la fusión por absorción está sujeta a una serie de beneficios, en concreto, en lo que respecta al tratamiento de las pérdidas fiscales de la sociedad absorbida. Por medio de esta vía, la absorbente (Summer Sound Barcelona, S.L.U.) podría compensar las pérdidas fiscales de la absorbida (Summer Sound, S.L.U), con sus propias ganancias, lo que sería un punto notable a destacar, ya que permitiría minorizar el impacto fiscal de la operación.^{xxxvii}

Si bien es cierto, que en la absorción, se puede producir una revalorización de los activos y pasivos, que podría tener implicaciones en el Impuesto de Sociedades y otras obligaciones tributarias. Además, mediante esta operación, los socios de la absorbida recibirían acciones de la absorbente a cambio de sus derechos, aunque, no se daría en este caso, al estar en presencia de un socio único.^{xxxviii}

Además, otro aspecto positivo de esta alternativa; por la cual, la sociedad absorbida sea titular directamente del 100% del capital social de la sociedad absorbente (fusión inversa), es que se exime el cumplimiento de determinados requisitos mercantiles, de tal forma que no sería

⁴⁶ Consulta vinculante V0167-07.

necesario realizar un aumento de capital, así como tampoco un informe de expertos o administradores acerca de la fusión, ni la aprobación de ésta por las juntas de las sociedades absorbidas; lo que facilita en gran medida la consecución de este tipo de operación.^{xxxix}

En tercer lugar, se podría llevar a cabo una **operación asimilada a la fusión**, del art. 57 del RDL 5/2023, de 28 de junio. Esta alternativa implica que una sociedad se extingue, transmitiendo en bloque la totalidad de su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las participaciones de ésta.

En este sentido, Summer Sound, S.L.U., se extinguiría vía disolución y liquidación y transmitiría en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de sus participaciones, es decir, a la Sociedad matriz. De este modo, la Sociedad adquiriría la totalidad del patrimonio de la filial (que quedaría extinguida) pasando a tener así el control del 100% de la subfilial (Summer Sound Barcelona S.L.U.), que ahora se convertiría en una nueva filial, controlada directamente por la matriz.

Además, se supone que Summer Sound, S.L.U., no tiene deudas ni créditos pendientes, por lo que al disolverla, no habría ningún problema en este sentido y se asignarían directamente sus activos (y por ende las participaciones de la sociedad de Barcelona), en forma de cuota de liquidación al socio único de la Sociedad matriz.

La operación asimilada a la fusión, acarrea cierta confusión, ya que presenta muchas similitudes con la cesión global de activo y pasivo, aunque la diferencia radica en que en la operación asimilada a la fusión, se liquida la sociedad, repartiendo su activo y pasivo, mediante sucesión universal. Por tanto, se produce una transmisión en bloque del patrimonio, pero con inmediata liquidación de la sociedad transmitente. Sin embargo, en la cesión global, el patrimonio se transmite mediante sucesión universal, pero no se procede a efectuar el reparto de la cuota de liquidación por la extinción de la sociedad transmitente, por lo que esa liquidación no se produce automáticamente.^{xl}

Además, lo positivo de la operación asimilada a la fusión, es que está sujeta al mismo régimen de las fusiones ordinarias, así como las simplificadas o fusión inversa, por lo que también se le

aplica el régimen especial de neutralidad fiscal.⁴⁷ Si bien, la operación asimilada a la fusión, es más compleja que la cesión global desde el punto de vista mercantil; a nivel fiscal, tiene un mejor tratamiento que la cesión.

Por consiguiente, esta otra opción sería una buena alternativa a tener en cuenta, ya que permitiría transmitir el patrimonio de Summer Sound, S.L.U. a la Sociedad matriz, de forma limpia (pues al disolverla y liquidarla, no se transmitirían las pérdidas) y por tanto, conseguiríamos el objetivo de que Summer Sound Barcelona, S.L.U., pasase a estar controlada al 100% por la Sociedad.

Finalmente, otra alternativa algo más original, sería la **escisión parcial financiera inversa**, la cual no tiene cabida expresa en la nueva ley de modificaciones estructurales, pero se regularía tomando como base la escisión parcial, conforme al art. 60 del RDL 5/2023, de 28 de junio.

La escisión parcial, implica que una sociedad transfiere parte de su patrimonio en bloque a otra sociedad ya existente o de nueva creación. Ahora bien, la escisión parcial financiera inversa, es una figura que ya era admitida por la Doctrina^{xli} y que ahora ha sido reconocida explícitamente por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.⁴⁸ Si bien, esta acción ha generado polémica, ya que cuestiona los límites de la admisibilidad de acciones de modificación estructural de acuerdo con nuestro marco jurídico.

Esta operación consiste, en “la escisión parcial de una sociedad matriz en la que la unidad económica escindida está constituida exclusivamente por participaciones sociales de una sociedad filial, escisión que se realiza a favor de la propia sociedad filial que actúa así como sociedad beneficiaria, de modo que, tras la ejecución de la operación, los socios de la sociedad matriz escindida devendrán socios de la sociedad filial beneficiaria en la misma proporción en la que lo son de aquélla”^{xlii}

Así, en virtud de la escisión parcial financiera (o inversa), una sociedad transmite una parte de su patrimonio constituido por la participación en el capital de otra sociedad, que le confiere el control de la totalidad del capital social de la referida sociedad a los socios de la sociedad

⁴⁷ Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos (DGT) V1276-11 de 20 de mayo de 2011.

⁴⁸ Resolución DGSFP número 16038/2019, el 19 de septiembre de 2019.

escindida. Además, comentar que a nivel fiscal, esta posibilidad está prevista en el art.76.2.1 c) de la LIS.

Según esto, Summer Sound, S.L.U., podría transferir su participación del 100% en Summer Sound Barcelona, S.L.U., a la Sociedad, lo que resultaría en el cambio de control deseado, por la cual no se escindirían bloques de negocio, sino únicamente el porcentaje de participaciones (del 100%) de la subfilial, lo que sería más fácil de articular.^{xliii}

No obstante, aún así habría que llevar a cabo los trámites de las modificaciones estructurales, y seguir los pasos que el RDL 5/2023, de 28 de junio requiere para la escisión. Aunque, no haría falta el informe de trabajadores, pues en el caso no se alude a ellos, por lo que asumo que no hay empleados, lo que haría que la operación de escisión pudiera ser relativamente rápida.

Finalmente, explicaré los pasos a seguir para liquidar Summer Sound, S.L.U., asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes. Para ello, habría que iniciar un proceso legal de disolución y liquidación. Esto incluiría la convocatoria y aprobación de la disolución en la JG de socios, el nombramiento de liquidadores, la realización de un inventario y balance de liquidación y la distribución del remanente entre los socios.

Por lo tanto, el primer paso para llevar a cabo la liquidación, será vía convocatoria de una JG por la que se acuerde la disolución conforme al art. 368 LSC (teniendo en cuenta los requisitos establecidos para las modificaciones estatutarias). Para ello, conforme al art. 286 LSC, los administradores o los socios deberán redactar la propuesta de la modificación de los estatutos y convocar la JG mediante anuncio, indicando los puntos a tratar en el orden del día e informando a los socios acerca de su derecho a examinar el texto íntegro de la modificación (art. 287 LSC).

Ahora bien, para que se apruebe el acuerdo de modificación, será necesaria mayoría legal reforzada en la SRL, pero al ser único, no habrá problema. Finalmente, se procederá a la escritura e inscripción registral de la modificación (art. 290 LSC) y se publicará en el BORME. Además, en la S.L., a fin de proteger los intereses de los socios, si la modificación da lugar a nuevas obligaciones para éstos, los socios afectados deberán prestar su consentimiento.

Por consiguiente, una vez aprobada la disolución en JG, se procederá en segundo lugar a inscribir la disolución en el Registro Mercantil, para su posterior publicación en el BORME, conforme al art. 369 LSC. En consecuencia, con la disolución se inicia el periodo de liquidación, debiendo añadir esta circunstancia a la denominación social (art. 371 LSC) y se cesarán a los administradores de su cargo, aunque podrán ser requeridos para colaborar en la liquidación (art. 374 LSC).

A continuación, se procederá al nombramiento de los liquidadores por la JG de socios que haya acordado previamente la disolución y conforme al art. 376 LSC, quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores, los cuales deberán formular un inventario y un balance de la sociedad en el plazo de tres meses desde la apertura de la liquidación, informando debidamente a los socios del estado del proceso (art.388 LSC).

Posteriormente, la JG deberá aprobar ese balance final elaborado por los liquidadores, así como, un informe completo sobre las operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo resultante (art. 390 LSC). Si bien, este acuerdo podrá impugnarse en el plazo de dos meses desde su adopción, por aquellos socios que no que no hubieran votado a favor del mismo.

Finalmente, se procederá a la división del patrimonio social y del pago de la cuota de liquidación, con arreglo a los estatutos de la sociedad, o en su defecto, por lo fijado por la JG (391 a 394 LSC). En suma, con arreglo al art. 395 LSC, los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad, a la cual deberá incorporarse el balance final de liquidación y la relación de los socios, así como el valor de la cuota de liquidación asignada. Dicha escritura, se inscribirá en el Registro Mercantil, haciendo constancia de lo mencionado anteriormente y se procederá, a la cancelación de los asientos registrales conforme al art.396 LSC.

Por último, los liquidadores depositarán en el Registro Mercantil los libros y documentos de la sociedad extinguida y serán responsables frente a los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que hubieran podido causar, mediando dolo o culpa, en el desempeño de su cargo (art. 397 LSC).

Apartado 2. Alternativas de adquisición de BZRP HITS, S.A. (Biza).

En el presente informe, el despacho ha preparado un estudio, valorando las distintas alternativas que la Sociedad plantea para adquirir las acciones de Biza, ya que al ser una empresa cotizada en el Ibex-35, va a estar sujeta principalmente a la LMV y al RD 1066/2007 (“RD de OPAs”). Así, expondremos las ventajas e inconvenientes de cada posibilidad conforme a la normativa mencionada.

Primero, examinaremos la opción de adquirir el 29,99% de las acciones de Biza. De acuerdo con el art. 128 y siguientes de la LMV y el art. 3 del RD de OPAs, la formulación de una OPA es requerida por aquel que adquiera control de una empresa cotizada, ya sea mediante la compra de acciones, otros valores que otorguen derechos de voto, o a través de la suscripción de acuerdos parasociales con otros accionistas o titulares de valores o por ciertos supuestos de adquisiciones de control indirectas o inesperadas que se detallan en el art. 7 del mencionado Real Decreto.

Esta obligación surge cuando una persona, física o jurídica, alcanza, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30% y cuando, a pesar de tener una participación inferior, en los 24 meses siguientes a su adquisición designa un número de consejeros que, en conjunto, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad.

Por tanto, el supuesto de control se reduce a comprobar si se ha alcanzado un determinado umbral de derechos de voto en la sociedad. Inicialmente, tanto el Proyecto de Ley como la Directiva establecían un supuesto de control exclusivamente cuando el oferente hubiera adquirido al menos un 30% de los derechos de voto de la sociedad. Aunque la titularidad de los derechos de voto es un indicador claro y objetivo para determinar el control, es posible que el control pueda alcanzarse por otras vías, especialmente a través de la representación en el órgano de administración de la sociedad.^{xliv}

Por ello, la Ley también prevé como segundo requisito para apreciar control (a pesar de haber adquirido una participación inferior al 30%) que se designe un número de consejeros que, junto con los ya nombrados, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. Por lo tanto, la ley extiende la obligación de formular una OPA

a aquellos casos en los que el oferente no ha adquirido un 30% de los derechos de voto, pero es capaz de ejercer un control efectivo a través de su representación mayoritaria en el consejo de administración.

Sin embargo, incluso si se dan estas condiciones, la oferta pública no será necesaria en los casos en que la CNMV otorgue una dispensa (bajo ciertas condiciones para los casos en que exista otro accionista en la sociedad con una participación igual o mayor) o en ciertos supuestos muy específicos que están explícitamente excluidos en el art. 8 del RD 1066/2007.

En consecuencia, a priori, la adquisición de un 29,99% de las acciones de Biza por parte de la Sociedad se realizaría sin activar la necesidad de plantear una OPA, ya que se situaría por debajo del límite del 30% establecido por los arts. 121 y 128 de la LMV, asumiendo que no habría control. No obstante, es relevante considerar que, al adquirir un porcentaje sustancial de las acciones, la Sociedad puede quedar sujeta a obligaciones de información y notificación tanto a la CNMV como a Biza, de conformidad con los arts. 174 y 175 de la LMV.⁴⁹

El art. 174.1 de la LMV define las "participaciones significativas" como aquellas que alcanzan, directa o indirectamente, al menos un 10% del capital o de los derechos de voto de la empresa o que permiten ejercer una influencia relevante en la gestión de la empresa, considerando las disposiciones relativas al cálculo y agregación de los derechos de voto establecidos en los arts. 26 y 27 del RD 1362/2007.

Por otro lado, el art. 175.1 de la LMV establece el deber de notificación para cualquier persona física o jurídica que, individualmente o en concierto con otros, adquiera una participación en una empresa de servicios de inversión española que resulte igual o superior al 5%, y para cualquier adquirente potencial que decida adquirir una participación significativa o incrementar su participación hasta el 20, 30 o 50%.

En resumen, aunque parece que la Sociedad no debiera plantear una OPA obligatoria (por estar por debajo del umbral del 30%), sí tendría que notificar la adquisición a la CNMV, dado que supera el umbral del 10% y se considera una participación significativa. No obstante, es

⁴⁹ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

importante mencionar que D. Raúl, actual consejero delegado de la Sociedad que busca adquirir Biza, posee un 6% del capital social de Biza como inversión personal, por lo que también tendrá obligación de notificar a la CNMV.

Ahora bien, si sumamos el porcentaje del 29,99% que pretende adquirir la Sociedad, más el 6% que tiene D. Raúl como inversión personal, según lo mencionado más arriba, la CNMV podría apreciar control conjunto, ya que la Sociedad es capaz de ejercer un control efectivo debido a que su consejero delegado posee un 6% de participación en Biza.

En esta línea, el art. 5 del RD de OPAs, establece el cómputo de los derechos de voto, y menciona los derechos de voto relevantes a efectos de determinar si se ha superado o no el umbral de control.⁵⁰ Así, según el apartado 5.1 b) del citado RD, se van a computar los derechos de voto de las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta o de forma concertada con la sociedad que pretende adquirir.

Por tanto, según esto, 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 (art. 128 LMV y art. 3 y siguientes RD de OPAs). Así, se podría interpretar que sí que hay actuación concertada, pues es precisamente D. Raúl quien está recomendando a la Sociedad a adquirir Biza y encima le asesora, en calidad de consejero delegado e inversor de la cotizada.

En consecuencia, entiendo que al haber actuación concertada, sí que existe un control conjunto de 35,99% (resultado de la suma del 29,99% de la Sociedad y el 6% de D. Raúl), lo que haría que superaran el umbral del 30% y estuvieran obligados legalmente a lanzar una OPA sobre la totalidad de las acciones de BIZA.

No obstante, en el caso de que la CNMV argumentara control conjunto, la Sociedad podría defender que no supera el umbral, ya que el 6% que posee D. Raúl, es en calidad de inversión personal y no forma parte de los activos de la Sociedad, por lo que no debería sumarse al 29,99% y que por tanto, al no superar el umbral del 30% no sería necesario llevar a cabo la OPA obligatoria. Sin embargo, considero que sería un supuesto difícil de defender y que en

⁵⁰ Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

virtud de lo explicado, la CNMV apreciaría la superación del umbral y se verían abocados a una OPA obligatoria.

En definitiva, de cualquiera de las maneras, la Sociedad va a tener que notificar a la CNMV la operación, pues supone una participación significativa tanto de la Sociedad como de D. Raúl y la CNMV tendrá que analizar la adquisición para ver si la evalúa de forma positiva o si les exige lanzar una OPA obligatoria.

En segundo lugar, la Sociedad se plantea 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, aunque la Sociedad solo adquiriera un 12% de las acciones de Biza, el pacto de voto con Dña. Natalia Antillano podría considerarse también como un acuerdo de actuación concertada.

Dado que, en conjunto, ambos socios controlarían un 40% de las acciones de Biza, es posible que la CNMV entienda que existe un control conjunto sobre la cotizada y, por lo tanto, podría requerir que se lanzara una OPA sobre el 100% de las acciones de Biza.

Así, la Ley, no solo establece la obligación de formular una OPA cuando el control se efectúe por medio de la adquisición o suscripción de las acciones, sino también cuando se obtenga a través de pactos parasociales. Por lo tanto, la mera suscripción del pacto parasocial por el que se produce el acuerdo de concentración del derecho de voto entre accionistas que en conjunto superen el umbral de la OPA, será un motivo por el que se les obligue legalmente a formular una OPA. Sin embargo, la Ley guarda silencio sobre qué parte de los involucrados en el pacto parasocial deberá solicitar la OPA.^{xlv}

Ahora bien, para que la obligación legal surja, debe ser un pacto parasocial genuino, por lo que no se activará con cualquier otra clase de pacto o convenio que se efectúe de forma informal o tácita, o que carezca de carácter vinculante. En este caso, nos encontramos ante un pacto de voto con Dña. Natalia, con el objetivo de establecer una política duradera común a fin de controlar a la cotizada Biza, por lo que se puede entender que esta suscripción de acuerdos de voto, es en verdad un pacto parasocial, al amparo del art. 5.1 b) del RD de OPAs.^{xlvi}

Por lo tanto, basta con que en conjunto superen los umbrales de opa establecidos, para que el legislador equipare esa relación contractual entre varios sujetos, titulares individualmente de participaciones que no superan los umbrales, a la tenencia directa por cualquiera de ellos de esa participación agregada; generando la obligación de formulación de la oferta pública, por entender que hay una participación de control (art. 128 LMV y art. 4 RD de OPAs). En suma, la simple suscripción del pacto genera la obligación de opa, en contraposición a la adquisición concertada, donde aparte se requiere que alguna de las partes adquiera acciones.

En conclusión, al adquirir el 12% de las acciones de Biza, pero suscribir un pacto de voto con Dña. Natalia (quien posee un 28% de las acciones de Biza), alcanzarían un control conjunto del 40%, por lo que estarían obligados a lanzar una OPA obligatoria sobre la totalidad de las acciones, conforme a los arts. 128 a 137 LMV. De lo contrario, podrán sufrir las consecuencias del art.132 LMV, es decir, la suspensión del ejercicio de los derechos políticos derivados de las acciones que tengan en Biza, además de las sanciones correspondientes que se les puedan imponer en virtud del Título VIII de la LMV, por no presentar la OPA, cuando estaban legalmente obligados a hacerlo.

Por último, el despacho ha analizado en detalle la alternativa de adquirir el 100% de las acciones de Biza. Si la Sociedad decide adquirir la totalidad de las acciones de la cotizada, en principio, la cotizada debería acordar la exclusión conforme al art. 10.1 RD de OPAs y posteriormente promover una oferta pública de adquisición dirigida a la compra de la totalidad de los valores afectados vía OPA de exclusión, conforme al art. 82.2 LMV.

Así las cosas, la Sociedad debería hacer una oferta a Biza demostrando su interés por adquirir la totalidad del capital social, a un precio justo y equitativo siguiendo los requisitos del art. 9 del RD de OPAs. Además, la CNMV tendría que aprobar la OPA, y se deberían cumplir ciertos requisitos de información y documentación. Si bien, según el art. 82.4 LMV, la CNMV podrá dispensar de la obligación de formular una OPA, cuando por otro procedimiento equivalente se asegure la protección de los titulares de acciones afectados por la exclusión. Por lo que, podría haber una posibilidad de no tener que someterse a una OPA, cuando la CNMV así lo autorizase.

Las razones que normalmente justifican el deseo del accionista de control de adquirir el 100% del capital se basan principalmente en el ahorro de costos que permite una situación de control

absoluto de la empresa, ya que, por ejemplo, no habría necesidad de convocar formalmente las Juntas Generales de Accionistas conforme a la LSC; les permitiría integrar completamente a la empresa en el grupo del accionista controlante y aplicarle sus políticas y eliminaría el riesgo derivado de la existencia de accionistas minoritarios que pudieran obstruir la gestión de la empresa (por ejemplo, impugnando acuerdos sociales).

Por lo tanto, en aquellos casos en los que un oferente ha adquirido el control de una empresa cotizada después de formular una OPA, esto por un lado, permite al oferente forzar la salida de los accionistas minoritarios, comprando sus acciones a un precio justo (*sell-out*) y por otro lado, facilita a los accionistas minoritarios vender sus acciones a un precio equitativo (*squeeze-out*).^{xlvii}

Esto último, se podría articular por vía de compraventa forzosa (art. 47 y 48 RD de OPAs), ya que mediante él, se podrían comprar la totalidad de las acciones, excluyendo a la sociedad afectada de cotización, aunque para ello, tendría que haber una OPA previa a la compraventa. Para que se diera este supuesto de compraventa forzosa, el oferente deberá poseer valores que representen al menos el 90% del capital social con derecho a voto y segundo, que la OPA haya sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 90% de los derechos de voto distintos a los que ya poseía el oferente (art. 47 del RD de OPAs y art. 136 de la LMV).

Sin embargo, por estas dos vías, se tendrían que someter sí o sí al procedimiento de OPA conforme a los artículos mencionados. Por consiguiente, la única alternativa que consideramos que se podría llevar a cabo para no someterse a la OPA sería por vía del art. 8 c) del RD de OPAs, el cual establece que no será obligatorio formular una OPA, cuando los accionistas de la sociedad objeto (en este caso Biza) acuerden por unanimidad la venta o permuta de todas sus acciones. No obstante, todos los titulares deberán acordar de forma simultánea la exclusión de negociación de los valores de los mercados secundarios oficiales en que estuvieran admitidos, en el presente caso, del IBEX35.

En consecuencia, una vez excluida de cotización, la Sociedad podría adquirir el 100% de las acciones de Biza mediante una compraventa y pasaría a tener el control de ésta, sin presencia de ningún socio minoritario que pudiera dificultarle la gestión de la sociedad.

Por otro lado, la adquisición del 100% de las acciones también implicaría una posible concentración de activos y ventas, por lo que es necesario considerar la normativa de defensa de la competencia, en concreto, la LDC.⁵¹ Al efectuar dicha operación, se podría apreciar una posible concentración económica, por el art. 7.1b) LDC, ya que supondría la adquisición de una empresa del control sobre la totalidad de otra empresa, pudiendo ejercer una influencia decisiva sobre esta. Así, para ver si realmente hay una concentración habrá que comprobar si se superan ciertos umbrales de facturación o cuotas de mercado establecidos en el art. 8 de la LDC.

Estos umbrales mencionan en primer lugar, que la concentración provoque una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante del producto o servicio a nivel nacional y en un mercado geográfico definido y en segundo lugar, que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere la cantidad de 240 millones de euros en el último ejercicio contable, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Si bien, no sabemos el volumen de facturación, ni la cuota de mercado de cada uno de ellos, si por la adquisición se alcanzase esos umbrales, sería necesario notificarlo a la CNMC (art. 55 LDC) y hasta que no se hubiera obtenido la autorización expresa o táctica de la autoridad de competencia, no se podría ejecutar la operación (art. 9 LDC).

A continuación, la CNMC evaluará si la operación puede tener un efecto significativo en la competencia y valorará la concentración económica, según el art. 10 LDC, atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional. Así, en la fase de instrucción y resolución del art. 58 LDC, decidirá si es necesario imponer condiciones o prohibir la concentración.

La CNMC puede autorizar la concentración sin condiciones, autorizarla con condiciones que garanticen la competencia efectiva en el mercado (imponiendo el cumplimiento de determinados compromisos a los notificantes) o prohibirla si considera que la concentración podría tener efectos perjudiciales para la competencia en el mercado relevante.

⁵¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En tal caso, la Sociedad debería evaluar cuidadosamente el impacto de la adquisición en la competencia y considerar a priori cualquier posible solución que pueda ser necesaria para obtener la aprobación de la CNMC. Por tanto, con arreglo al art. 59 LDC, podrían proponer cumplir ciertos compromisos que se acordaran con la autoridad de competencia, para resolver los obstáculos derivados de la concentración.

Esto en la práctica son conocidos como remedios estructurales y conductuales. Los estructurales podrían ser por ejemplo, la desinversión de activos (enajenaciones de ciertas unidades de negocio) o la cesión de ciertos contratos. Mientras que, las conductuales, podrían consistir en medidas que obligaran a la Sociedad a efectuar determinados comportamientos, como hacer públicos sus precios, o condiciones comerciales, o garantizar el acceso a ciertos mercados, a fin de garantizar la competencia efectiva y de tal forma facilitar obtener la autorización de la autoridad de competencia.

No obstante, la decisión final sobre la autorización dependerá de la CNMV, independientemente de las medidas que se propongan, por lo que el único mecanismo mediante el cual la Sociedad no tendría que notificar la operación, ni someterse a esta autoridad, sería adquiriendo menos del 30% de las acciones y no alcanzando los umbrales de facturación que establece el art. 8 LDC, pero de esta forma no podría excluir al socio minoritario que complica la gestión de biza, por lo que la Sociedad tendrá que sopesar las ventajas e inconvenientes de cada opción comentada, desde el punto de vista de la normativa del mercado de valores y de defensa de la competencia.

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.

Firma:

ALIÓ LÓPEZ, S.L.P.

BIBLIOGRAFÍA

-
- ⁱ Baile, R. P. (2005). Marcas. Marca renombrada: Caso práctico. CEFLegal. Revista práctica de derecho, 102-106.
- ⁱⁱ Huete, J. C. E. (2020). Solicitud de registro de marca. Prácticas desleales y mala fe. REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación.
- ⁱⁱⁱ y Baz, M. B., & De Elzaburu, A. (2004). La protección de las marcas notorias y renombradas en el derecho español. Colex.
- ^{iv} Dacruz, E. B. (1985). El personal de alta dirección en la empresa. Civitas. Revista española de derecho del trabajo, (22), 157-180.
- ^v Aragón, J. D. (2006). Las cláusulas de "blindaje" desde la perspectiva laboral. Actualidad laboral, (14), 1698-1713.
- ^{vi} Larena Ibáñez, D. (2018). Las cláusulas de blindaje en la relación laboral especial de alta dirección. Eficacia y validez.
- ^{vii} de la Rosa, M. Á. (1993). Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, (2), 429-448.
- ^{viii} Pomar, F. G., & Saldaña, M. A. G. (2016). Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. In Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 417-447).
- ^{ix} Baumeister, B. M. (2020). La cláusula de manifestaciones y garantías en el contrato de adquisición de empresa: ubicación dogmática y análisis de jurisprudencia. In Problemas actuales en la transmisión de empresas (pp. 231-260). Thomson Reuters Aranzadi.
- ^x Aguayo, J. (2011). Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español. Civitas.
- ^{xi} Perera, Á. C. (2004). Manifestaciones y garantía y responsabilidad por incumplimiento. In Fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 257-308). Thomson Reuters Aranzadi.
- ^{xii} *Op. Cit.*: Baumeister, B. M. (2020). La cláusula de manifestaciones y garantías en el contrato de adquisición de empresa: ubicación dogmática y análisis de jurisprudencia. In Problemas actuales en la transmisión de empresas (pp. 231-260). Thomson Reuters Aranzadi.
- ^{xiii} Pomar, F. G., & Saldaña, M. A. G. (2016). Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. In Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 417-447).
- ^{xiv} Velasco, J. G. (2020). El seguro de M&A: la eficacia de las manifestaciones y garantías y la responsabilidad del vendedor en los contratos de compraventa de empresas. Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, (183), 399-416.
- ^{xv} Martínez, G. S. P., & del Río, G. (2021). El seguro de manifestaciones y garantías: cuestiones prácticas de interés. In Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 483-514). Wolters Kluwer.
- ^{xvi} Oliva, J. L. L., & Camacho, E. G. (2020). Las manifestaciones y garantías en la compraventa de empresas. El seguro de manifestaciones y garantías. Diario La Ley, (9614), 5.

-
- ^{xvii} Rosales, L. A. P. (2018). El contrato de escrow en el Derecho español. *La Ley mercantil*, (49), 3.
- ^{xviii} Domínguez, J. L. (1997). El Patrimonio Contable En Las Disoluciones Y Reducciones De Capital. Doctor Antonio Goxens Duch: la imagen fiel, 13, 45.
- ^{xix} Lorán Meler, M. (2011). La fiscalidad de los préstamos participativos a la luz de las nuevas normas contables y, en particular, de las recientes consultas del ICAC.
- ^{xx} Lorán Meler, M. (2011). La fiscalidad de los préstamos participativos a la luz de las nuevas normas contables y, en particular, de las recientes consultas del ICAC.
- ^{xxi} Laguillo, A. B. C. (2011). Artículo 93. Derechos del socio. In *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (pp. 789-799). Thomson Reuters-Civitas.
- ^{xxii} Alba Fernández, M. (2015). Los derechos de la minoría cualificada en las sociedades de capital bajo el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.
- ^{xxiii} Alfaro Águila-Real, J. (2011). Los principios configuradores del tipo societario. cit. STS, núm. 889/2010, 10 de enero de 2011.
- ^{xxiv} Luengo, R. G., & Vázquez, R. S. (1991). El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima: comentarios y jurisprudencia. Comares.
- ^{xxv} Alfaro Águila-Real, J. (2017) El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros. *El almacén del derecho*.
- ^{xxvi} Fuentes, J. M. (2015). Artículo 206. Legitimación para impugnar. In *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas* (pp. 248-269).
- ^{xxvii} Díaz, M. Á. A., & Ureba, A. A. (1998). La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas. Civitas.
- ^{xxviii} Díaz, M. Á. A., & Ureba, A. A. (1998). La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas. Civitas.
- ^{xxix} Sánchez-Calero Guilarte, J. (2015). La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad.
- ^{xxx} García-Villarrubia Bernabé, M. (2015). El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad. *Publicaciones URÍA MENÉNDEZ*, 10-11.
- ^{xxxi} Paz-Ares, C. (2015). Anatomía Del Deber De Lealtad. *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, (39).
- ^{xxxii} Alfaro Águila-Real, J. (2023). El derecho de información del socio. *El Almacén del Derecho*.
- ^{xxxiii} Sevillano Nogales, M. (2018). Estudio legal de los derechos de los socios minoritarios en las Sociedades de Capital.
- ^{xxxiv} Hernando Cebriá, L. (2013). El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Barcelona: Bosch.
- ^{xxxv} De Palma, V. M. G., Peironcely, R. A., & Pérez, J. B. (2010). La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. *Tirant lo blanch*.

-
- ^{xxxvi} De Osma, L. (2017). Fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas de forma indirecta y supuestos asimilados: Informe de experto, aumento de capital y compensación. *La Ley mercantil*, (34), 1.
- ^{xxxvii} Tello, J. L., & Schulz, M. C. (2010). El Régimen Fiscal De Algunas De Las Novedades Introducidas Por La Ley De Modificaciones Estructurales De Las Sociedades Mercantiles: Transformación, Fusión, Escisión Y Cesión Global De Activo Y Pasivo. *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, (25).
- ^{xxxviii} Vérguez, J. C. (2012). La aplicación del artículo 89 del TRLIS en el régimen especial de fusiones y escisiones. En torno a la participación en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 81-112.
- ^{xxxix} *Ob. Cit.*: de Osma, L. (2017). Fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas de forma indirecta y supuestos asimilados: Informe de experto, aumento de capital y compensación. *La Ley mercantil*, (34), 1.
- ^{xl} Quetglas, R. S., & Luna, M. J. (2016). Manual de fusiones y adquisiciones de empresas. Wolters Kluwer España. Hoedl, C.: "Global assignment of assets and liabilities".
- ^{xli} Garrido De Palma, V. M. (2010). Escisión. La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; Espinosa, F. J. A. (2009). Especialidades del procedimiento de escisión. In *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (pp. 209-339).
- ^{xlii} Sánchez, A. R., & Ureba, A. A. (2022). La escisión parcial financiera inversa como modificación estructural. In *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros: libro homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín* (pp. 337-364). Sepin Editorial Jurídica.
- ^{xliiii} Ávila Navarro, P. (2009). Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. *Ley 3/2009*, Barcelona, Tomo I (págs. 535 y 536); Trigueros, L. (2023). La transmisión de unidad de negocio y figuras afines en la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales.
- ^{xliv} Gómez-Jordana, I., de Nicolás, G. M., & Saavedra, J. (2010). Tipología de ofertas públicas de adquisición. *Revista de derecho del mercado de valores*, (7), 147-181.
- ^{xlv} García De Enterría, J. (2022). A vueltas con el concierto en materia de OPA obligatoria: los pactos parasociales y el ejercicio concertado de los derechos de votos. *Revista de derecho del mercado de valores*, 31.
- ^{xlvi} Galego, C. P., Espeso, J. P., & del Campo, J. R. S. (2016). Ofertas públicas de adquisición de valores (I). In *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas* (pp. 483-554).
- ^{xlvii} Kolb, A., & Serrano, A. (2007). La nueva regulación del régimen de OPAs. *Partida doble*, (190), 70-83.