



Facultad de Derecho

**Máster Universitario de Acceso a la Abogacía**

**CASO PRÁCTICO ESPECIALIDAD DERECHO**

**DE EMPRESA (MUAA)**

Ana M.<sup>a</sup> Vives Mora

MUAA – Grupo A

Pedro Fernández Martín

Madrid

Diciembre 2023

## Índice

<b>I. OBJETIVO DEL TRABAJO .....</b>	<b>5</b>
<b>II. ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO.....</b>	<b>6</b>
<b>RESUMEN EJECUTIVO.....</b>	<b>6</b>
<b>PARTE I – INFORME CONTINGENCIAS.....</b>	<b>8</b>
<b>1. Irregularidad tributaria .....</b>	<b>8</b>
A) Alternativas .....	8
B) Valoración.....	12
C) Protección en el SPA .....	13
<b>2. Registro de una marca .....</b>	<b>16</b>
A) Reclamaciones de la cantante.....	16
B) Valoración.....	18
C) Protección en el SPA .....	21
<b>3. Despido Alto Directivo .....</b>	<b>22</b>
A) Naturaleza del despido, su calificación e indemnización procedente .....	23
B) Valoración.....	26
C) Protección SPA.....	28
<b>PARTE II – NOTA LEGAL SOCIETARIO (CORPORATE).....</b>	<b>30</b>
<b>1. Distribución de dividendo .....</b>	<b>30</b>
<b>2. Nombramiento de administrador .....</b>	<b>35</b>
<b>3. Derecho de información de los socios.....</b>	<b>42</b>
<b>PARTE III- NOTA LEGAL MODIFICACIONES ESTRUCTURALES (M&amp;A).....</b>	<b>46</b>
<b>1. Reestructuraciones.....</b>	<b>46</b>
A) Alternativas .....	46
B) Análisis mejor alternativa.....	55
<b>2. Cotización en bolsa .....</b>	<b>58</b>
A) Oferta pública de adquisición.....	58
B) Operación de concentración empresarial .....	61
<b>III. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>64</b>

## Tabla de abreviaturas

- **AD:** Alto Directivo
- **AEAT:** Agencia Estatal de la Administración Tributaria
- **BOPI:** Boletín Oficial de Propiedad Intelectual
- **CA:** Consejo de Administración
- **CNMC:** Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- **CNMV:** Comisión Nacional del Mercado de Valores
- **DGT:** Dirección General de Tributos
- **IS:** Impuesto de Sociedades
- **IVA:** Impuesto de Valor Añadido
- **JG:** Junta General
- **LDC:** Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
- **LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- **LGT:** Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
- **LIS:** Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
- **LM:** Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
- **LMV:** Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
- **LSC:** Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

- **OEPM:** Oficina Española de Patentes y Marcas
- **OPA:** Oferta pública de adquisición
- **PN:** Patrimonio Neto
- **Real Decreto 1382/1985:** Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección
- **Real Decreto-ley 7/1996:** Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica
- **Real Decreto 1066/2007:** Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores
- **Real Decreto-Ley 23/2018:** Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas
- **RDME:** Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles
- **R&W:** Reps and Warranties
- **SL:** Sociedades limitadas
- **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## **I. Objetivo del trabajo**

En el presente trabajo se analizan las cuestiones planteadas en el caso práctico, el cual está dividido en tres partes y todas ellas están relacionadas con la legislación mercantil. En la primera parte analizamos varias contingencias sobre derecho fiscal, mercario y laboral, valoramos qué relevancia tienen en un proceso de adquisición de empresa y, en relación, proponemos medidas contractuales a la parte compradora.

Seguidamente, la segunda parte se centra en materia societaria, valorando cómo una de las sociedades del grupo puede proceder al reparto de dividendos, analizamos la procedencia del ejercicio de acciones de impugnación contra un acuerdo de la Junta General (JG) y acción de responsabilidad contra el órgano de administración por parte de uno de los socios y explicamos la importancia del derecho de información de los socios.

En la tercera parte se procede a realizar un estudio de diversas modificaciones estructurales y alternativas de reestructuración de sociedades, se explica el concepto de control en una operación de adquisición de una sociedad cotizada y se analiza la normativa de defensa de la competencia española respecto a una posible concentración empresarial.

La finalidad de este informe es reflejar los conocimientos teórico-prácticos adquiridos durante las clases del Máster de Acceso y en las prácticas curriculares realizadas en un despacho de abogados. Por lo tanto, explicaremos una nota legal desde la perspectiva de un abogado que ejerce esta profesión.

La metodología llevada a cabo ha sido el estudio pormenorizado de varias normas en materia mercantil, la búsqueda de diversas sentencias jurisprudenciales para fundamentar una opinión y la aplicación práctica de estos conceptos y terminología. Todas las partes del informe se dividen en una introducción teórica y un desarrollo más práctico con el objetivo de que el cliente pueda entender fácilmente dicha nota legal.

## II. Análisis del caso práctico

### Resumen ejecutivo

En el presente informe, nuestro despacho realiza un análisis de cada una de las situaciones planteadas por nuestro cliente, explicando de forma detallada y objetiva cómo debería actuar en las diferentes fases.

En un primer momento, asesoraremos a la entidad americana LATINO GANG INC., sociedad matriz de un grupo internacional dedicado a la producción discográfica y representación de artistas hispanos (el “**Grupo**”), en conexión con la potencial expansión por España.

El Grupo está interesado en la compra del 51% del capital social de la entidad española PRODUCCIONES GASOLINA, S.L. (la “**Sociedad**”). En relación, se nos informa que previamente han realizado un análisis exhaustivo de la situación legal de la empresa que quieren adquirir y que se han dado cuenta de que existen irregularidades fiscales, mercantiles y laborales.

En base a un análisis exhaustivo de la situación de la Sociedad, en el Informe procederemos a valorar la gravedad de las contingencias, propondremos soluciones para evitar que las mismas se materialicen y contemplaremos qué medidas tendremos que aplicar para reducir los eventuales daños a la parte adquirente. Igualmente, asesoraremos en las cláusulas contractuales que se deberían incluir en el acuerdo de compraventa (*Share Purchase Agreement (SPA)*) con el fin de garantizar la seguridad de la operación.

En una segunda fase, una vez el Grupo ya ha adquirido la Sociedad, realizamos un análisis de las diversas preguntas formuladas sobre las decisiones del gobierno corporativo de la Sociedad. Primero, atendiendo a las partidas del patrimonio neto del último balance del ejercicio de dicha entidad, valoramos si la misma puede repartir los dividendos y en qué importe, en su caso. A continuación, en base a su actual composición del Consejo de Administración (CA), analizamos la validez del nombramiento de un nuevo consejero por parte de uno de los socios minoritarios que ostenta el 25% del capital social. En caso de que

se denegara el nombramiento del administrador, si cabe la impugnación del acuerdo de dicha negación por parte de la JG y qué acciones de responsabilidad se podrían interponer contra el Consejo. Finalmente, examinamos si el CA de la Sociedad podría denegar a dicho socio minoritario la entrega de información muy detallada relativa a la venta de discos.

En la tercera y última fase de la consulta, nos informan que una de las filiales tiene pérdidas y su subfilial presenta cifras de ventas elevadas con resultados positivos. Por lo tanto, procedemos a exponer las diferentes alternativas que existen para que la Sociedad pase a controlar directamente la subfilial y, con posterioridad, cómo proceder a la liquidación de la sociedad intermedia. Además, realizaremos un análisis en relación a la adquisición de una empresa que cotiza en el Ibex-35, a partir de las alternativas que nos propone, y teniendo en cuenta los riesgos que se puedan derivar de una concentración empresarial.

Finalmente, realizaremos una conclusión, aclarando cuáles consideramos que serían las soluciones más óptimas en relación a cada una de las preguntas formuladas por el Grupo. Atendiendo a que el Grupo opera en España, el análisis se realizará al amparo de la legislación española exclusivamente. Cualquier ordenamiento extranjero que pudiera resultar aplicable a los activos o los negocios de la Sociedad deberá ser valorado por asesores de las correspondientes jurisdicciones.

## Parte I – Informe Contingencias

### 1. Irregularidad tributaria

En el proceso de revisión (*due diligence*) se ha detectado que la Sociedad que se pretende adquirir no declaró más de 1 millón de ingresos, procedentes de la organización de conciertos virtuales durante el ejercicio 2020. Al Grupo le preocupa que la AEAT inicie una investigación; por lo que, le gustaría conocer las diferentes alternativas y sus costes.

#### A) Alternativas

El hecho de dejar de declarar ingresos por ventas implica que la Sociedad no ha ingresado la cuota tributaria debida respecto al Impuesto de Sociedades (IS), además de dejar de repercutir el Impuesto de Valor Añadido (IVA). En caso de que se iniciara un procedimiento de comprobación e inspección, y en éste se detectara la contingencia, deberíamos hacer frente a importantes sanciones tributarias establecidas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

En este momento se presentan dos posibilidades, o bien, regularizar la situación tributaria anticipándose a la actuación de la Administración, o bien, mantener una actitud pasiva ignorando la situación actual.

#### *i. Regularizar la situación tributaria*

La Sociedad puede optar por la regularización voluntaria de la situación derivada del no ingreso de la deuda tributaria, que implica presentar una autoliquidación extemporánea ante la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) ingresando la cuota respectiva o solicitando un fraccionamiento o aplazamiento de la deuda. Todo ello, debe realizarse con anterioridad a un requerimiento administrativo previo. De este modo, la Sociedad dejará de incurrir en responsabilidad en materia de infracciones tributarias, evitando así la imposición de sanciones. Sin embargo, una vez presente las autoliquidaciones, también se le va a exigir el pago de los recargos establecidos en el artículo 27 de la LGT, y que a continuación se exponen.



El recargo será del 1%, más otro 1% adicional por cada mes completo de retraso con que se presente la autoliquidación al término del plazo establecido para la presentación e ingreso. En el caso de que la autoliquidación se presente una vez transcurridos doce meses desde la finalización del plazo establecido, el recargo será único del 15% sin sanción. En este supuesto, además se exigirán intereses de demora, que forman parte del recargo, por el período comprendido desde el día siguiente al término de los doce meses siguientes a la finalización del plazo establecido para la presentación de la autoliquidación hasta el momento en que las mismas se hayan presentado.

La base sobre la que se aplicará el recargo está constituida por la cantidad a ingresar que resulte de la autoliquidación extemporánea, con independencia de que sea o no ingresada al tiempo de presentar dicha autoliquidación. En el caso que nos compete nos encontramos ante una cuota tributaria dejada de ingresar en concepto de IS por importe de 206.611 euros (el 25% de 826.446 euros) procedentes del período impositivo 2020. Este importe se debería haber ingresado dentro de los veinticinco días siguientes a los seis meses desde la finalización del período impositivo, es decir, entre el 1 y el 25 de julio de 2021. Esta cantidad será la base de cálculo del recargo. Por otra parte, se ha dejado de ingresar 173.554 euros (21% de 826.446 euros) en concepto de IVA.

Desde el punto de vista del IS, en el supuesto de que la autoliquidación extemporánea se presentara en octubre de 2023, el recargo sería del 15% más los intereses de demora, calculados a partir del día siguiente al término de los doce meses siguientes a la finalización del plazo establecido para la presentación de la autoliquidación, es decir, desde el 26 de julio de 2022 hasta la presentación de la autoliquidación extemporánea, octubre de 2023. Además, para el caso del IVA se aplicarían los mismos criterios atendiendo a los plazos de presentaciones de las declaraciones previstos para este impuesto.

En relación, hay que destacar que, para incentivar este ingreso en el plazo exigido en el artículo 62.2 LGT, la ley establece que el importe de estos recargos se podrá reducir en un 25%, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- i. En el momento de presentar la autoliquidación se ha procedido al ingreso de la cuota resultante a ingresar o se ha solicitado aplazamiento o fraccionamiento con garantía que consista en aval o seguro de caución. Y,
- ii. Que el ingreso del recargo se haya producido en el plazo establecido en el artículo 62.2 de la LGT, es decir, si la notificación se realiza entre el 1 y 15 del mes, el plazo finaliza el día 20 del mes posterior y, en el caso, que la notificación se hace entre 16 y último de cada mes, el plazo finaliza el día cinco del segundo mes posterior.

En el caso de que el cliente no tuviera la liquidez suficiente en ese momento ni la posibilidad de prestar garantía, pero quiere evitar en cualquier caso un requerimiento de la Administración, no se le aplicará la reducción y cuando la Administración le notifique el requerimiento se le exigirá el pago de los recargos ejecutivos. Es decir, en el momento de la presentación de la autoliquidación extemporánea sin ingresar el importe total de la deuda, se devengarán los recargos ejecutivos establecidos en el artículo 28 de la LGT. Éstos se devengan con el inicio del período ejecutivo que es al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si éste ya hubiere concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación (en octubre de 2023, al presentar la declaración extemporánea).

Respecto a la cuantificación de los recargos del período ejecutivo se calculan sobre la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario de pago. La ley establece tres tipos de recargos del período ejecutivo:

- Recargo ejecutivo del 5% cuando se realiza el pago de la totalidad de la deuda tributaria no ingresada en período voluntario una vez iniciado el período ejecutivo, pero con anterioridad a la notificación de la providencia de apremio.
- Recargo de apremio reducido del 10% cuando se realiza el pago de la totalidad de la deuda tributaria no ingresada en período voluntario y el propio recargo reducido una vez notificada la providencia de apremio y con anterioridad a la finalización del plazo legal de las deudas apremiadas del artículo 62.5 LGT.

- Recargo de apremio ordinario del 20% cuando no concurren los presupuestos para aplicar los dos recargos anteriores. Es decir, cuando se realiza el pago de la totalidad o parte de la deuda tributaria no ingresada en período voluntario una vez finalizado el plazo legal previsto en la providencia de apremio. Este recargo es el único compatible con la exigencia de intereses de demora desde el fin del período voluntario, conforme a los artículos 65.5 y 72.2 LGT.

Todos estos recargos del período ejecutivo son incompatibles entre sí; no obstante, son compatibles con los recargos del período voluntario.

*ii. Ignorar la situación y confiar a la suerte de la prescripción*

La otra posibilidad es ignorar la situación y confiar en que la AEAT no proceda a ningún tipo de comprobación o inspección durante el tiempo que resta para que prescriba el derecho de la Administración. La regla general para todos los impuestos establece que el plazo de prescripción es de cuatro años y su cómputo comienza desde el final del plazo reglamentario de presentación de la autoliquidación, tal y como recogen los artículos 66 y 67 LGT.

A fecha de hoy, el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación no ha prescrito, produciéndose dicha prescripción el 26 de julio de 2025. Por tanto, atendiendo a que nos encontramos aproximadamente a la mitad del periodo de prescripción, el riesgo de no regularizar es elevado, siendo bastante probable que la AEAT inicie un proceso de comprobación e investigación del período 2020. En caso de descubrimiento de los importes no declarados, la Sociedad debería asumir altas sanciones establecidas en el artículo 191 y ss. de la LGT.

Además, al tratarse de una cuota tributaria superior a los 120 mil euros, conforme al artículo 305 a) del Código Penal, cabría el caso de pena de prisión. En relación, si no regularizamos no estaríamos protegidos por el artículo 252 de la LGT, que dice: *“La Administración Tributaria no pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal salvo que conste que el obligado tributario no ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la*

*deuda tributaria antes de que se le hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida”.*

### **B) Valoración**

Una vez expuestas las alternativas que tiene la Sociedad que se va a adquirir por el Grupo, lo recomendable es, sin ninguna duda, exigir la regularización de la obligación tributaria de más de un millón. El ingreso de esta deuda debe priorizarse frente a cualquier otro tipo de deuda debido a que si no presenta la autoliquidación de forma completa y correcta y la Administración notificara mediante requerimiento el inicio de una comprobación e inspección del Impuesto de Sociedades del período de 2020, la Sociedad estaría incurriendo en una infracción tributaria.

Es evidente que cuanto antes proceda al ingreso de la deuda fiscal, menos recargos por extemporaneidad debe asumir. De existir la posibilidad de que la Sociedad no dispusiera de liquidez suficiente; hay que tener muy en cuenta la opción de solicitar un aplazamiento o fraccionamiento de las deudas.

Ante esta imposibilidad de pagar el importe de la obligación y se alcance el inicio del periodo ejecutivo, la Sociedad deberá aceptar tanto los recargos del periodo voluntario como los del ejecutivo, incrementado el coste. Además, prueba de la obligación del pago del millón es que existe, tras el inicio del procedimiento de apremio, la posibilidad de que la AEAT notifique una diligencia de embargo de bienes. Por último, todo ello también puede conllevar consecuencias reputacionales, ya que la Sociedad podría incluirse en el listado de deudores de la Hacienda Pública, conforme al artículo 95 bis LGT.

Finalmente, consideramos que la opción de dejar que transcurra el plazo de prescripción, ignorando así el asunto, es inviable. Durante ese plazo se podría iniciar una investigación penal, la cual no paraliza en ningún caso la acción de cobro de la deuda tributaria, conforme al artículo 305.5, tercer apartado del Código Penal. Ello implicaría que la Sociedad debería asumir tanto la responsabilidad tributaria como la penal.

En conclusión, respecto a la relevancia de la contingencia, existe una probabilidad media de que la Administración inicie una inspección. En su caso, el perjuicio para la Sociedad sería muy elevado, ya que, en caso de no regularizar, ello podría implicar consecuencias penales. Por otro lado, si la Sociedad regularizara, atendiendo a que no ingresó un millón, debería asumir un importe elevado de recargos. Ante todo ello, estas graves consecuencias implican que califiquemos la contingencia como muy relevante (riesgo rojo).

### ***C) Protección en el SPA***

En las compraventas de sociedades, existen muchos riesgos para el comprador, el cual, como no está muy amparado por las leyes, tiene que negociar cláusulas contractuales en el SPA que le ayuden a reducir o protegerse frente a los riesgos derivados de las operaciones societarias. Sin embargo, hay que destacar que la protección contractual también depende de la voluntad del vendedor, el cual puede que no quiera adherirse a estas cláusulas debido a que, tras una valoración, considera que perjudican sus intereses. A continuación, vamos a exponer diversas cláusulas contractuales que el Grupo debe incluir en el contrato.

En primer lugar, hay que mencionar que en los contratos de compraventa de participaciones se contempla una cláusula de manifestaciones y garantías (*reps and warranties (R&W)*), en la que se manifiesta el estado de la empresa que se compra, se establece el régimen de responsabilidad de cada una de las partes contratantes y se determinan las consecuencias en caso de incumplimiento. Hay que destacar que esta cláusula es muy relevante por su estrecha conexión con la determinación del precio de la operación. Es decir, si la compradora exige que se cumplan muchas condiciones reflejadas

en las manifestaciones y garantías, ello implicará que el precio de la transacción sea más elevado; en cambio, si la compradora acepta asumir más responsabilidades, en este caso el precio será inferior.

En relación con el caso de esta irregularidad tributaria, se pueden acordar diversas alternativas, en función de la voluntad cada una de las partes y lo que estén dispuestos a ceder o asumir cada una de ellas. Por ejemplo, en el caso de que el Grupo comprador estuviera dispuesto a regularizar la irregularidad tributaria, hay que recordarle que deberá negociar un precio de compra inferior.

Desde nuestro punto de vista, una vez analizada la situación de la empresa, recomendamos que el Grupo exija a la Sociedad que cumpla con la regularización tributaria del ejercicio 2020 y, en caso de que hubiera otras cantidades que aún no se han pagado a Hacienda y cuyo hecho imponible haya sido previo al SPA, establecer que la Sociedad vendedora se comprometerá a ingresar lo debido al comprador.

En segundo lugar, otra alternativa que destacamos es que el comprador proceda a la retención de parte del precio para evitar tener que asumir la responsabilidad respecto a los hechos imposables que puedan surgir con posterioridad a la operación. La retención se suele acordar por el plazo de cuatro años, lo que implica que, una vez transcurrido este periodo sin que haya habido responsabilidad del vendedor, el comprador acabará de pagar el precio de compra del SPA.

En tercer lugar y en defecto de alcanzar un acuerdo con el vendedor respecto a la cantidad que el comprador debe retener, otra posibilidad sería que las partes acuerden una garantía adicional mediante una cláusula indemnizatoria, conocida como “*specific indemnities*”, que especifique que ante al surgimiento de riesgos derivados de la aparición dichos hechos imposables respecto a ejercicios no prescritos desde el cierre del SPA, el vendedor será quien responda por el importe de dicha contingencia.

En cuarto lugar, hay que mencionar la opción relativa a la contratación de un seguro de manifestaciones y garantías por parte del comprador, mecanismo que se contempla para el supuesto de que el vendedor incumpliera lo acordado en la cláusula de manifestaciones y

garantías. El comprador debe tener en cuenta que importe de la prima que se pague a la aseguradora se deberá deducir del precio de compra. No obstante, la desventaja de estas pólizas es que suele excluir la obligación de pago de la indemnización para los presupuestos relativos a hechos ya conocidos por las partes. Ello implica que el comprador no verá cubierta las consecuencias derivadas de la inspección tributaria respecto al ejercicio 2020; no obstante, en caso de que hubiera otras cantidades impagadas, la aseguradora sí procedería al pago. Todo ello atendiendo a un límite de responsabilidad acordado en el contrato de seguro.

En quinto lugar, otro mecanismo contractual sería incluir en el SPA una condición suspensiva (*condition precedent*) que exija la regularización de la situación fiscal, obligando al vendedor a proceder al pago de la deuda cuanto antes. De esta forma el comprador evita con total seguridad tener que asumir la imposición de sanciones y responsabilidades derivadas del inicio de un proceso penal. En definitiva, si esta cláusula no se cumpliera por parte de la empresa vendedora, el contrato no produciría efectos. Aunque pueda parecer una medida un poco extrema, atendiendo a la gravedad de las consecuencias que puede conllevar el hecho de que Hacienda inspeccione a la empresa, la misma se podría incluir.

Finalmente, en el supuesto de una dudosa solvencia del vendedor, y su consecuente dificultad de contratar un aval bancario por falta de garantías, existe la posibilidad de que el comprador proceda a contratar una póliza de seguro a medida o también denominada “*tailor - made*” para hacer frente a dicha responsabilidad. En concreto, se firmaría una póliza de seguro fiscal o “*tax insurance*” debido a que el nacimiento de los hechos imponibles mencionados *supra* implica una contingencia fiscal. Sin embargo, esta opción no se suele contemplar, ya que estos seguros se contratan cuando el vendedor no otorga muchas garantías, situación que se suele relacionar con una mala situación financiera de la vendedora; en cuyo caso, el Grupo no debería proceder a la adquisición de la sociedad.

## 2. Registro de una marca

La Sociedad registró la marca “MOTOPAPI” en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), concediéndose en octubre de 2022 y se publica en el Boletín Oficial de Propiedad Intelectual (BOPI) en diciembre de ese año. Más tarde, la cantante Dña. Rosario García-Despechá interpone acción, alegando que la marca vulnera un derecho y alega que:

- i. Su derecho, aunque es anterior y no está registrado, se considera marca de renombre debido a que el 40% de consumidores la conocen
- ii. Rosario invirtió más de 10 millones en publicidad
- iii. Existe similitud fonética y visual entre las marcas

El Grupo quiere conocer la viabilidad de las reclamaciones y las posibilidades de defensa.

### A) Reclamaciones de la cantante

La cantante Dña. Rosario considera que ha sufrido una lesión de su derecho de marca, lo que le permitiría ejercitar tanto acciones civiles como penales (274 Código Penal). Centrándonos en la jurisdicción civil, la demandante alega diversos motivos que procederemos a analizar.

En primer lugar, la artista afirma que tiene una marca de renombre debido a que el 40% de los consumidores del mercado la conocen. Atendiendo a que este concepto de marca renombrada en los últimos años ha ido evolucionando, procedemos a analizar dicha evolución para determinar el concepto. En relación, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM) definía las marcas renombradas como aquellas que “*sean conocidas por el público en general*”, distinguiéndolas de las marcas notorias que eran las que “*por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos*”. En esta



definición se puede apreciar que los productos o servicios de las marcas renombradas gozaban de una protección que alcanzaba un mayor ámbito.

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas (Real Decreto-Ley 23/2018), eliminó la diferencia entre ambos conceptos, unificándolos en una única categoría como marca renombrada. En su Exposición de Motivos se menciona que la jurisprudencia más extendida considera la marca renombrada como aquel signo conocido “*por una parte significativa del público interesado en los productos o servicios*”. Ello equivale a que, si un elevado número de personas conoce la marca de Dña. Rosario, la misma será considerada renombrada. No obstante, esta mención carece de precisión e induce a confusión debido a que se asemeja a la anterior definición de notoriedad. Por ello, procedemos a exponer lo fijado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La jurisprudencia del TJUE<sup>1</sup> estableció que los elementos determinantes para considerar que una marca renombrada es conocida por parte significativa del público son su cuota de mercado, su intensidad, extensión geográfica, la duración de su uso o las inversiones para su promoción. Estos criterios son prácticamente los mismos que los dispuestos en la anterior normativa en relación con la marca notoria. En definitiva, actualmente la marca renombrada tendrá el mismo tratamiento que la anterior marca notoria. En relación con el caso, debemos valorar la aplicación de estos criterios en conexión con la marca de Dña. Rosario y, por ende, los cauces de defensa de la Sociedad.

En segundo lugar, otro de los motivos que la cantante alegó es que ha destinado una elevada cantidad de dinero a campañas de publicidad. Este motivo está relacionado con uno de los criterios *supra* establecidos por el TJUE relativo a “inversiones para su promoción”. El mismo lo tenemos en cuenta en el momento de valorar si la marca realmente goza de renombre.

En tercer lugar, otro de los motivos es la similitud fonética y visual entre la marca de Rosario y la de la Sociedad, induciendo a confusión a los consumidores. En relación, la

---

<sup>1</sup> Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 03 de septiembre de 2015, asunto C-125/14

jurisprudencia del TS considera que existe confusión cuando los consumidores medios asocian de forma inmediata productos de dos marcas no vinculadas jurídica o económicamente. Asimismo, para que no se produzca dicha similitud debería haber un elemento diferenciador entre ambas marcas.

Un caso paradigmático fue el del signo distintivo de la marca “Doghnuts” que puso una demanda a la marca “Doughnuts”. La *STS (Civil) 286/2012 de 14 de mayo* afirmó que se infringía el derecho de propiedad industrial de la demandante, debido a que existía una evidente similitud gráfica y fonética que inducía a confusión al consumidor. Además, el TS consideró que como la marca de la demandante es renombrada, la adición del elemento diferenciador “*Ya ya María*” a “*Doughnuts*” no es suficiente para eliminar dicho riesgo, demostrando así la especial protección como marca renombrada.

En último lugar, atendiendo a que Dña. Rosario alega en su conjunto vulneración del derecho de marca, las acciones que entendemos que ejercita contra la Sociedad son: el cese de las actuaciones en las que se lesione su marca, la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios y la publicación de la sentencia condenatoria; todo ello en base al artículo 41 LM. Debido a que estas acciones se ejercitan en 2023 y la marca fue publicada en 2022, Dña. Rosario cumple con el plazo de prescripción de 5 años para el ejercicio de acciones legales.

### ***B) Valoración***

El alto porcentaje de consumidores que conocen la marca de la cantante y las elevadas cantidades de dinero invertidas en campañas publicitarias son motivos que están relacionados con los criterios que tiene en cuenta la jurisprudencia europea para determinar la notoriedad de la marca.

En relación al caso, el juez de lo Mercantil valorará si realmente existe un elevado número de consumidores que demuestre la intensidad de la marca y si el gasto en la campaña publicitaria es un hecho relevante que implica que más compradores conozcan la marca de Dña. Rosario. Todo ello se analizará tomando como referencia al público interesado en los servicios de producción discográfica y la representación de artistas en el

territorio español. Sin embargo, la alegación de estos motivos por Dña. Rosario no es suficiente debido a que asume la carga de la prueba de acreditar el carácter renombrado. En el supuesto de que la titular de la marca no demostrara dicho carácter, el registro de la marca “MOTOPAPI” sería válido y no existiría contingencia frente a la Sociedad.

Por tanto, si la cantante aporta un estudio de mercado que acredite que la marca es conocida por el 40% de los consumidores de la industria musical de reguetón en España y aporta facturas en publicidad por importe superior a 10 millones; todo ello, evidenciaría que la marca goza de un elevado carácter distintivo en el mercado. Si esto se demostrara, existiría mayor posibilidad de que el Juzgado de lo Mercantil estimara el carácter renombrado de la marca de Dña. Rosario, provocando que ningún tercero puede utilizarla. A pesar de ello, atendiendo a que el renombre de una marca se debe analizar caso a caso, también podría ocurrir que el Juzgado considerara que las pruebas que acreditan este carácter renombrado no son suficientes.

Ante esta situación, consideramos que uno de los cauces de defensa es que la Sociedad se oponga a las pruebas aportadas por la cantante, adjuntando en la contestación a la demanda otro informe pericial que demuestre que la marca de Rosario no es utilizada de forma intensa. En el mismo debería demostrar que los consumidores de este sector no la conocen, que es una marca que lleva poco tiempo operando en el mercado y prueba de ello es que solo ha realizado una campaña publicitaria.

Respecto al motivo sobre la similitud fonética y visual, atendiendo a que las marcas de las partes apenas se diferencian en dos palabras, en base a la jurisprudencia analizada *supra*, sería lógico que el juez mercantil afirmara la existencia de similitud. Además, tampoco concurre ningún elemento diferenciador que elimine la existencia del vínculo entre ambas marcas en la mente del público. En relación con este tercer motivo, consideramos que la defensa es compleja, ya que la jurisprudencia es contraria a nuestros intereses.

Atendiendo a los motivos analizados, existe una alta probabilidad de que el Juzgado de lo Mercantil estime las acciones ejercitadas por vulneración del derecho de marca en

favor de la cantante. Ello confirmaría que la Sociedad ha lesionado el derecho de marca de Dña. Rosario y, consecuentemente, se le exigiría la eliminación de la marca “MOTOPAPI”, y cualquier otro signo distintivo similar (logo) que pueda inducir a confusión, pago de una indemnización por los posibles daños y perjuicios e incluso se le puede exigir la publicación de sentencia estimatoria mediante anuncios con el fin de proteger la marca de Dña. Rosario.

La indemnización es un aspecto muy relevante y comprende el valor de las pérdidas sufridas y las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca o, alternativamente, serían los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la vulneración. Su cuantificación se determinará atendiendo a criterios como el renombre y prestigio de la marca, la infracción cometida, la gravedad de dicha lesión y su grado de difusión en el mercado. Otro aspecto que se debe atender es el período temporal; atendiendo a que la marca se concede en 2022 y estamos a 2023, se aprecia que dicho período, durante el que se ha producido el daño, no es muy elevado y, por ende, la indemnización no sería excesivamente alta.

A continuación, queremos precisar en otro aspecto. El hecho de que la OEPM concediera la marca “MOTOPAPI” de la Sociedad nos puede hacer pensar la marca de Dña. Rosario no tiene tanto renombre. No obstante, la OEPM solo se encarga de examinar de oficio las prohibiciones absolutas. En este caso, debido a que las prohibiciones en conexión con las marcas renombradas son relativas, correspondería al particular Dña. Rosario la alegación de los artículos 6.2 d) y 8 LM, cuyo contenido está muy relacionado con las alegaciones formuladas por la cantante. Todo ello evidencia que la cantante se está defendiendo debidamente.

Finalmente, atendiendo a que el procedimiento ya se ha iniciado y todavía no hay sentencia firme, existen dos posibilidades:

a) Que las partes alcancen un acuerdo en sede judicial conforme al artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y soliciten su homologación mediante un auto. En este caso, cada parte asumirá las costas causadas a su instancia.

b) Esperar a una sentencia judicial, asumiendo el riesgo de tener que pagar una condena indemnizatoria y la totalidad de las costas procesales.

Ante ello, consideramos que la mejor opción sería que la Sociedad intentara alcanzar un acuerdo con Dña. Rosario, en el que se reconociera que su marca es renombrada y que sí existe similitud entre ambas, con el fin de poder negociar una indemnización razonable. A pesar de que es requisito necesario que este acuerdo sea homologado judicialmente, esta alternativa es más aconsejable que esperar a una sentencia judicial, la cual impusiera una indemnización que se imponga por el juez mucho más alta que con un acuerdo por las partes.

En conclusión, en caso de no llegar a un acuerdo, se debería esperar a la resolución del juez, que es muy probable que sea negativa a los intereses de la Sociedad. No obstante, como el daño no sería muy elevado, debiendo pagar una indemnización y registrar una nueva marca (coste bajo) calificamos la contingencia como medio (riesgo naranja).

### ***C) Protección en el SPA***

En primer lugar, en la cláusula de *reps and warranties* del SPA se debe incluir el hecho de que la Sociedad está inmersa en un procedimiento judicial relacionado con la vulneración de un derecho de marca, y se debería establecer que el registro de una marca renombrada fue un error cometido por la Sociedad vendedora y en nada incumbe al Grupo adquirente.

En segundo lugar, recomendamos acordar una garantía contractual a través de una cláusula indemnizatoria, conocidas como “*specific indemnity*”, en la que se especifique que el vendedor asumirá las consecuencias económicas negativas en caso de que se produzca una resolución judicial contraria a los intereses de la Sociedad. En concreto, se deberá especificar que la vendedora será quien deba asumir las responsabilidades hasta la finalización del procedimiento, debiendo cumplir con todas las obligaciones implícitas a dicho proceso judicial, como la posible indemnización de daños y perjuicios y costas judiciales.

En tercer lugar, las partes podrían firmar un *contrato escrow*, en el que acuerdan depositar una cantidad de dinero a un tercero (agente depositario) y establecen los diversos presupuestos en los que las partes podrán acceder al dinero. En este caso, el comprador depositante podría exigir al agente depositario la retención del precio equivalente al valor del activo de la marca, condicionándolo al resultado del procedimiento judicial:

- a) En el caso de que el Juzgado declarara que el registro de la marca “MOTOPAPI” es correcto y que el signo de Dña. Rosario no goza de renombre y que la similitud de las marcas no induce a confusión, la Sociedad podrá tomar el dinero retenido.
- b) En cambio, si el juez estima las acciones por violación del derecho de marca de la cantante, el Grupo comprador recuperaría el dinero.

En definitiva, esta figura contractual equivale a un aplazamiento en pago del precio hasta que se haya verificado si la marca registrada ha vulnerado los derechos de la cantante.

En cuarto lugar, si conociéramos que la vendedora no tiene suficiente solvencia para pagar los posibles gastos judiciales, el comprador puede contratar una póliza de seguros a medida que cubra los resultados del litigio iniciado; pólizas se suelen conocer como “*After the Event Insurance*”. En este caso, el contrato de seguro fijaría que en el caso de que el juez considerara que la marca de Dña. Rosario era renombrada y la Sociedad nunca debería haber procedido a su registro, la aseguradora asumirá tanto el pago de las costas judiciales como la posible indemnización de daños y perjuicios durante el tiempo que la marca “MOTOPAPI” ha operado en el mercado. No obstante, esta medida no es muy utilizada en la práctica.

### **3. Despido Alto Directivo**

**La Sociedad pretende despedir a D.Patricio Quevedo, que ostenta el cargo de Director General en las Islas Canarias, y el motivo es la pérdida de cuota de mercado en esa región. Él firmó un contrato de alta dirección que incluye una indemnización de 900.000€ y desde ahora lleva trabajando dos años y ocho meses. El Grupo está**

**interesado en conocer las implicaciones del despido y si es posible aplicar las indemnizaciones por despido objetivo/improcedente conforme al ET.**

*A) Naturaleza del despido, su calificación e indemnización procedente*

La tercera contingencia es la relativa al despido de D. Patricio, Director General de la zona de las Islas Canarias. En este apartado, analizaremos si mantiene una relación laboral común o especial con la Sociedad y los motivos del despido, ya que ello es determinante a la hora de establecer la indemnización que se le pagará.

Atendiendo a que este directivo firmó un contrato de alta dirección, todo parece indicar que mantiene una relación laboral especial, siéndole de aplicación el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985). Sin embargo, solicitamos la entrega del contrato de alta dirección para analizar la naturaleza y el contenido real del vínculo entre la Sociedad y D. Patricio.

En primer lugar, procedemos a analizar las funciones propias de los Altos Directivos (AD), que se definen como un cargo que:

- i. Ejercer poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que significa que pueden realizar negocios jurídicos en nombre de la empresa y gestionar actos de disposición patrimonial.
- ii. Los poderes están relacionados con “objetivos generales de la empresa”, que implica que pueden asumir funciones de dirección y gestión del máximo nivel.
- iii. Funciones ejercidas con autonomía y responsabilidad casi plena, con la única limitación que están sometidos a las directrices generales del CA o JG, lo que equivale a que disponen de un gran margen de maniobra en su actuación.

La *STSJ Andalucía 899/2010 de 16 de marzo* especifica que las funciones de estos AD han de referirse a la íntegra actividad de la empresa y a aspectos trascendentales de sus objetivos. En el caso de que alguno de todos estos requisitos no se cumpla, D. Patricio se

considerará mando intermedio, es decir, trabajador con relación laboral ordinaria que se caracteriza por ejercer funciones de dirección técnica en un área geográfica o funcional concreta.

Para determinar la naturaleza del vínculo, también hay que tener en cuenta la estructura del grupo. En el supuesto, tenemos constancia que la Sociedad ostenta el 100% de las participaciones de otras entidades, siendo la misma el centro único de decisión de las estrategias comerciales y operativas. Es decir, la matriz española, que tiene su sede en Madrid, tiene por debajo distintas entidades que “cuelgan”, las cuales se centran en un concreto ámbito geográfico. Todo ello evidencia la estructura divisional geográfica del grupo societario español que se adquiere.

En segundo lugar, atendiendo a que el motivo del despido es la pérdida de cuota de mercado en la región de Canarias, se aprecia una causa de despido objetiva económica. En base a ello, quedaría descartada la existencia de despido disciplinario basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo o trabajador.

Para que la calificación por despido objetivo se considere procedente, la Sociedad deberá acreditar los requisitos del artículo 51 ET: i. resultados negativos de la empresa; ii. pérdidas actuales o previstas; y iii. disminución persistente del nivel de ingresos o ventas. Hay que destacar que se considera que existe disminución persistente cuando durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos o ventas de cada trimestre es inferior respecto al del año anterior.

La *STSJ Andalucía (Social) 1235/2013 de 1 de julio* alega que se deben demostrar otros factores como un notorio descenso del número de clientes e ingresos, escasa productividad o retraso tecnológico respecto de otros competidores. Además, esta resolución analiza a un grupo mercantil que en su conjunto tiene resultados negativos, lo que evidencia que el juez tendrá que analizar la situación financiera de todo el Grupo.

En relación con el caso, la Sociedad debería demostrar que la evolución negativa de la empresa no solo es actual sino que tanto la misma como sus filiales sufrirán pérdidas reiteradas en el tiempo, evidenciándose así un peligro real respecto a la supervivencia de la



empresa. Todo ello con la finalidad de que así el despido se declare procedente. En contraposición, el trabajador/directivo puede que se defiende diciendo que no concurren razones de fondo debido a que la Sociedad no acredita la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de las causas extintivas. Además, incluso podría alegar razones de forma, como que no se ha recibido notificación escrita, preaviso e indemnización correspondiente.

A continuación, se expone un esquema de las consecuencias de conlleva un despido, ello en función de si se le calificara como alto directivo o trabajador y dependiendo de que se declare procedente o improcedente el mismo.

Alto Directivo (art. 11 RD)	Procedente	Indem. Pactada
		7 d.S/años de serv (lím: 6 meses)
	Improcedente (empresario y AD deben llegar a un acuerdo)	Readmisión + salarios de tramitación
		Indem. pactada / 20 d.S/años de serv (lím: 12 meses)
Trabajador (art. 53ET)	Procedente	Consolidación de la indemnización de 20 dS/años de serv (lím: 12 meses)
		Readmisión + salarios de tramitación
	Improcedente (Opción del empresario)	Indem. 33 d S/años de serv

En tercer lugar, hay que destacar que la Sociedad y D. Patricio tienen firmada una cláusula de blindaje en el contrato de alta dirección, previsión contractual que fija una cantidad de 900.000 euros que el empresario tiene que pagar debido a la extinción contractual por voluntad propia. Atendiendo a la consulta del cliente sobre la posible aplicación del ET, hay que analizar cómo se podría conseguir la ineficacia de esta cláusula.

En relación, hay que hacer hincapié en la *STS 699/2006 de 20 noviembre* que considera que la cláusula de blindaje contemplada en los contratos de alta dirección no resulta de aplicación cuando el despido por causas económicas se considera procedente, ya que se entiende que no es una extinción por voluntad del empresario. Por lo tanto, la clave sería que la causa objetiva mencionada se declarara procedente por parte de un juez, para así anular la efectividad de la cláusula de blindaje y su elevada indemnización implícita.

Asimismo, la *STS 305/1998 de 14 de abril* establece que *“el artículo 11 del RD 1382/1985 únicamente se refiere al despido disciplinario y no al despido objetivo, sin perjuicio de lo cual, el artículo 12 permite la extinción del contrato de alta dirección por las mismas causas y mediante los procedimientos previstos en el ET, entre las que sin duda está la extinción por causas objetivas, y esta indemnización, que no regula especialmente el meritado Real Decreto, ha de ser también para los altos directivos la fijada por el artículo 53 del ET”*. Ello significa que, aunque D. Patricio sea considerado AD, también se debería pagar la indemnización propia del ET.

### ***B) Valoración***

Primeramente, atendiendo a la definición propia de AD, consideramos que la relación de D. Patricio no cumple los requisitos de una relación laboral especial. El motivo principal es que los negocios jurídicos que realiza no le permiten decidir sobre los objetivos más genéricos de la empresa, ya que las decisiones finales son adoptadas por la Sociedad matriz española. Asimismo, D. Patricio centra su poder de actuación en el ámbito de las Canarias, evidenciando que tiene un cargo típico de un Director de Zona. En definitiva, la falta de autonomía y responsabilidad a nivel de toda la estructura del grupo demuestra que ejerce un cargo de mando intermedio. Por todo ello, en función de las pruebas que se presenten, consideramos que existe una probabilidad media-alta de que la relación se considere ordinaria.

En segundo lugar, respecto a la causa de despido, si la Sociedad prueba efectivamente que la situación del conjunto de la empresa no es buena, se podría afirmar que existen causas objetivas y, por ende, el despido se considerará procedente. Ante la falta

probatoria, el despido sería declarado improcedente, lo que implicaría que la Sociedad debería pagar una indemnización más elevada respecto a si el despido fuera procedente.

Atendiendo al balance del que disponemos, en el que se acredita que la Sociedad tiene pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores por -130 millones de euros, existiría la posibilidad de que el juez declare procedente el despido. No obstante, desconocemos el resto de partidas del activo y del pasivo; por lo que, solicitamos a la empresa que nos aporte la totalidad de las cuentas anuales para así analizar cuál es la situación real de la empresa y poder realizar una valoración sobre las probabilidades de que el juez estime o no el despido por causas objetivas.

Independientemente de la naturaleza de la relación y el motivo del despido, el gran problema de este supuesto es que existe una cláusula de blindaje. Tal y como hemos mencionado *supra*, la clave es conseguir que el despido se estime procedente para que así esta cláusula indemnizatoria deje de ser aplicable. En caso de anulación de la cláusula, la Sociedad debería pagar, tanto si se califica como AD o trabajador, la indemnización legal de 20 días de salario por años de servicio con el límite de 12 meses, tal y como establece la sentencia mencionada *supra*. En cambio, en el caso de que se declarara improcedente el despido por causas objetivas, la Sociedad sí debería asumir la indemnización recogida en la cláusula contractual.

Atendiendo a las diferentes situaciones, lo más ventajoso para la Sociedad sería que el despido por causas objetivas se declarara procedente, que permite la inaplicación de la cláusula de blindaje. Sin embargo, debido a que el juez, tras analizar toda la situación económica de la Sociedad y sus filiales, puede considerar que la causa es improcedente, hay que contemplar en el SPA esta situación e incluir cláusulas que protejan al Grupo comprador.

Consideramos que resulta complejo que un juez estime las causas objetivas, ya que existen varias sociedades que pueden ayudar a cubrir el déficit económico de las otras entidades del grupo. Por lo tanto, a continuación, exponemos que cláusulas se deben

contemplar en el SPA con el objetivo de conseguir una mayor protección de nuestro cliente, parte compradora.

En resumen a todo lo expuesto, existe un riesgo medio alto a que el despido se declare improcedente, lo que implica que, tanto si D. Patricio se considera alto directivo o trabajador ordinario, la indemnización se debería pagar. En el caso de la Sociedad supiera con certeza que la situación de todas las filiales es negativa y tiene las pruebas pertinentes para demostrarlo, la causa objetiva de despido se declararía procedente y, por ende, la indemnización disminuiría. Respecto a los daños, se determinan en función de la calificación del despido, y sería: si se declara improcedente, serán muy elevados porque tendrá que pagar 900.000 euros de indemnización; y si es procedente, se debe pagar la indemnización legal en función del salario y los años de servicio, importe que seguro que es inferior al acordado en el contrato.

Por todo ello, al existir una probabilidad media de que se declare improcedente y que, en dicho caso, el daño es muy alto, calificamos la contingencia como muy relevante (riesgo rojo).

### ***C) Protección SPA***

En el contrato SPA hay que especificar en la cláusula de manifestaciones y garantías (*R&W*) qué responsabilidad asumiría cada una de las partes, en función de si el juez declara procedente o improcedente el despido. En conexión, recomendamos que las partes acuerden que el comprador asumirá el importe de la indemnización calculada conforme al ET en el caso de que el despido se declarara procedente por causas objetivas. No obstante, en el supuesto de improcedencia de la causa y, por ende, resulte de aplicación la cláusula de blindaje, el vendedor será quien deba hacer frente al pago de la indemnización. Éste será quien asuma la diferencia entre los 900.000 euros y la indemnización establecida conforme a las leyes mencionadas *supra*. Adicionalmente, hay que concretar en una cláusula indemnizatoria “*specific indemnity*” que, en cualquiera de los casos, el vendedor siempre responderá por el valor superior a la cantidad indemnizatoria legal.

Otra alternativa, en defecto de acuerdo en el proceso de negociación entre las partes contratantes, sería que el Grupo comprador procediera a la retención del precio por dicho valor que supera la indemnización fijada en el ET, condicionándolo a la resolución judicial relativa a la procedencia o no del despido objetivo. En el caso de que el despido se declare procedente, el Grupo acaba pagando la cantidad del precio de compra que le quedaba; en cambio, si se considera improcedente, el mismo se quedaría el importe.

Finalmente, el Grupo comprador podría exigir al vendedor que contrate un aval bancario a primer requerimiento, que implica que la Sociedad debe prestar una garantía respecto a esta diferencia indemnizatoria para el caso de que se condenara al pago de la cláusula de blindaje por improcedencia del despido. En el caso de que este vendedor no pagara la diferencia, el banco debe proceder al pago en favor del Grupo sin necesidad de que el mismo demuestre el incumplimiento del vendedor.

## Parte II – Nota legal Societario (Corporate)

### 1. Distribución de dividendo

En la próxima Junta General de la Sociedad se quiere aprobar la distribución de un dividendo del mayor porcentaje posible respecto de los beneficios obtenidos en el ejercicio societario de 2022, pero siempre condicionado a la estabilidad financiera de la Sociedad. Teniendo en cuenta las siguientes partidas del patrimonio neto del balance, hay que explicar qué pasos debería seguir la Sociedad para repartir el máximo dividendo cumpliendo con la normativa mercantil.

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

En primer lugar, hay que analizar la naturaleza jurídica de cada una de las partidas reflejadas en el balance *supra*:

1. Las reservas legales y estatutarias no pueden ser objeto de distribución en ningún caso, ya que estas cantidades están destinadas a salvaguardar los intereses de los acreedores sociales.
2. La reserva voluntaria son beneficios que ha generado la Sociedad durante los ejercicios sociales anteriores y pueden ser objeto de distribución.
3. Las reservas de revalorización son una partida que surge de la operación de actualización de balances. Ésta implica un aumento del valor del inmovilizado material sin que en ningún supuesto pueda superar a su valor de mercado. Dichas reservas no podrán ser distribuidas hasta que los elementos patrimoniales actualizados hayan sido amortizados completamente, enajenados o dados de baja del activo del balance.
4. Las otras aportaciones de socios son contribuciones de los propietarios a fondo perdido, las cuales para que se puedan considerar como tal deben realizarse en la misma proporción a su participación en la sociedad. Los socios no reciben nuevas participaciones sociales a cambio ni ningún otro derecho. De acuerdo con el artículo 36.1 c) C.Com., esta partida forma parte del patrimonio neto (PN) y atendiendo al artículo 9 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019, se consideran que son de libre disposición.
5. Los préstamos participativos son contratos financieros regulados en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (Real Decreto-ley 7/1996). Este precepto establece que el acreedor-financiador, además de recuperar el principal, obtendrá un interés variable en función de los beneficios obtenidos por la actividad del deudor-financiado. También cabe la posibilidad de pactar un interés fijo. A los efectos del supuesto, esta partida es controvertida a los efectos de considerarla como parte del PN o no de la Sociedad, como se explicará *infra*.

En segundo lugar, hay que analizar los préstamos participativos con sociedades del Grupo, los cuales son productos financieros calificados como un “híbrido financiero” debido a que es un instrumento de financiación y tiene una nota de participación en los beneficios. En este supuesto, en el que la Sociedad quiere repartir dividendos, el hecho de computar esta partida como parte del PN o no es muy determinante. En relación, consideramos que esta cuestión es bastante controvertida y por ello procedemos a analizar las dos siguientes posibilidades.

*i) Préstamos participativos forman parte del PN*

Queremos hacer referencia a la reciente *STS 215/2020 de 1 de junio*, la cual concluye que los préstamos participativos sí que se podrían incluir en el PN. La misma se fundamenta en lo establecido en el artículo 36.1 C.Com.: *“A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas ..., se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo”*. Seguidamente, esta resolución remite a la *STS 696/2016 de 24 de noviembre*, la cual determinó que tanto las aportaciones de socios como los préstamos participativos forman parte del PN. En concreto, alegó que: *“Tanto los préstamos participativos de los socios, siempre que cumplan con las exigencias legales, como las aportaciones de los socios, se incluirán en el patrimonio neto...”*. Por último, establece que: *“De otro modo, se trataría de préstamos de los socios, que tendrían derecho a ser restituidos, razón por la cual, salvo que tengan la consideración de préstamos participativos, forman parte del pasivo exigible”*.

Una vez expuesto todo ello, consideramos que queda confirmado que los préstamos participativos se tienen en cuenta a efectos de calcular el PN de la Sociedad, cuestión determinante en el momento de proceder a analizar si cabe la posibilidad de repartir



dividendos. En relación a este reparto del máximo dividendo, hay que atender al “test del balance” del artículo 273.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y a la reserva legal del 274 LSC:

- En primer lugar, hay que dotar el 10% del beneficio del ejercicio a reserva legal. Respecto al caso, la reserva legal sería de 500.000 euros, que se descontarán a los 5 millones del beneficio.
- En segundo lugar, hay que tener en cuenta que sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición, y para ello, se deberá cumplir con el requisito de que el valor del patrimonio neto no puede ser o no puede resultar inferior al capital social tras dicho reparto. En relación con este caso, hay que afirmar que la partida de resultado del ejercicio, reservas voluntarias y las otras aportaciones se tendrán en cuenta a efectos de reparto de dividendo, con el límite de la diferencia entre el valor del PN (60) y el CS (50). Ello significa que podría repartir como máximo 10 millones de euros.
- En tercer lugar, hay que tener en cuenta la limitación que establece que, en caso de que existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. Sin embargo, como se cumple con la condición de que el PN no es inferior al CS, la Sociedad no estará obligada a compensar pérdidas.

En resumen, atendiendo a que las reservas voluntarias (10) y las otras aportaciones de socios (20) son de libre disposición junto con el beneficio del ejercicio descontada la reserva legal (4.5), la Sociedad puede destinar 34.5 millones de euros a reparto de dividendos. No obstante, como tenemos la limitación del “test de balance” de 10 millones, esta cifra es la única que podrá ser objeto de reparto.

Por último, una vez se conoce qué montante puede ser objeto de distribución, hay que valorar la estabilidad financiera de la entidad para decidir si es conveniente o no su

reparto. Sin embargo, y al margen del cálculo de los ratios financieros, consideramos que no resultaría conveniente realizar ningún reparto de dividendo debido a las elevadas pérdidas de ejercicios anteriores, las cuales han provocado que los socios deban realizar otras aportaciones así como las sociedades del Grupo también hayan debido de proceder a destinar su fondos a favor de la Sociedad mediante dichos préstamos participativos.

Debido a que no es recomendable repartir dividendos, consideramos que la Sociedad debería destinar este 4.5 millones de euros de resultados del ejercicio a compensar las pérdidas de ejercicios anteriores con el fin de reforzar los fondos propios del balance. Dicha decisión se debe acordar por la JG.

*ii) Préstamos participativos no forman parte del PN*

En contraposición a lo establecido por la jurisprudencia del TS *supra*, parte de la doctrina considera que los préstamos participativos no se deben computar en el PN a efectos de distribución de beneficios en virtud de la modificación que se produjo respecto al artículo 20 d) del Real Decreto-ley 7/1996. Este apartado establece que: *“Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil”*. Por lo tanto, debido a que la ley no contempla como tal el presupuesto de distribución de dividendos, se entiende que los préstamos participativos no forman parte del PN. Ello significa que, en nuestro caso, los 70 millones de préstamos del Grupo no se deberían tener en cuenta y, una vez sumamos las partidas del PN, se puede apreciar que el mismo queda en negativo. Por ende, la Sociedad no podría proceder al reparto de dividendos.

Atendiendo a que, si no añadimos la partida de préstamos participativos, el PN alcanzaría un total de -10 millones de euros, hay que analizar si la Sociedad estaría ante una causa de disolución del artículo 363.1 e) LSC, que establece que una entidad se deberá disolver cuando las pérdidas dejen el PN reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social. En conexión con este supuesto, la mitad del CS sería 25 millones y el PN sería -10 millones, evidenciándose efectivamente que estamos ante causa de disolución.

Sin embargo, atendiendo que la causa de disolución está relacionada con la “liquidación de sociedades” del artículo 20 d) Real Decreto-ley 7/1996 *supra*; en este caso, los préstamos participativos sí que se tendrían en cuenta a efectos de liquidación, lo que implica que la Sociedad no estaría ante un supuesto de causa de disolución y la misma no debería liquidarse.

En conclusión, tanto si los préstamos participativos de la Sociedad se consideran PN o no, atendiendo a la situación financiera de la Sociedad, en el momento en el que la JG proceda a la aplicación del resultado del ejercicio, consideramos que no se debe proceder al reparto de dividendos en favor de los socios. Por ende, pensamos que lo más oportuno sería destinar el resultado del ejercicio a compensación de pérdidas o reservas.

## **2. Nombramiento de administrador**

**El socio minoritario D. Omar ostenta un 25% del capital social de la Sociedad y ha solicitado complementar el orden del día, proponiendo el nombramiento de D. Lewis García como consejero del órgano de administración. Su fundamento es que, atendiendo a que hay cinco consejeros, él tiene participación suficiente para nombrar a un nuevo consejero. En caso de que el nombramiento no prosperara ejercerá sus derechos políticos; en concreto, la impugnación del acuerdo de la Junta General e interposición de acciones de responsabilidad contra el Consejo de Administradores por infringir el deber de lealtad.**

En primer lugar, atendiendo que la Sociedad es una entidad de responsabilidad limitada, sus socios no tienen derecho a solicitar un complemento de convocatoria, incluyendo nuevos puntos del orden del día en la JG convocada. Este derecho sólo está contemplado para los accionistas de las sociedades anónimas. Por tanto, no puede producirse el complemento solicitado por parte de D. Omar.

El socio minoritario D. Omar, al poseer más del 5% de participación, debería solicitar una nueva convocatoria de JG, en la que se tratara el asunto relativo a un nuevo nombramiento de un consejero. La Junta se celebraría en los dos meses siguientes desde

que el socio hubiera requerido notarialmente su convocatoria a los administradores, los cuales están obligados a incluir dicho asunto propuesto por la minoría en el orden del día.

En segundo lugar, hay que destacar que el nombramiento de los administradores es una competencia reservada únicamente a la JG y que, conforme al artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil, en las sociedades limitadas (SL) no se admite el nombramiento por cooptación ni por el sistema de representación proporcional (SRP), quedando reservados a las sociedades anónimas.

El asunto del nuevo nombramiento siempre deberá votarse de forma separada, como tema independiente, y para proceder al nombramiento de D. Lewis se requiere la aprobación de la mayoría simple de la JG, siendo suficiente que 1/3 de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social esté a favor; ello, siempre y cuando los votos se hayan emitido de forma válida. En este caso, entendiendo que todas las participaciones de los socios de la Sociedad tienen derecho de voto, si D. Omar quiere nombrar a D. Lewis consejero necesitaría el apoyo de uno o varios socios que representen al menos el 9% para así alcanzar el 33,33% de los votos exigidos.

En contraposición a la prohibición expresa del SRP en las SL mencionada *supra*, la STS 138/2009 de 6 de marzo de 2009 considera que lo establecido en la LSC sobre el principio de libertad de pactos y autonomía de voluntad prevalece sobre la prohibición reglamentaria, lo que significa que la Sociedad sí podría contemplar una cláusula estatutaria que admita este sistema de representación. Además, la Resolución 28 marzo 2022 de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se pronuncia en el mismo sentido, destacando que en virtud de la flexibilidad propia del sistema de funcionamiento de las SL y que los socios minoritarios también tienen derecho a gestionar y administrar la sociedad, el sistema proporcional está permitido, con el fin de garantizar en mayor medida el interés social común de todos los propietarios del capital.

En el caso de que la Sociedad sí hubiera acordado este SRP en una cláusula estatutaria, ello implicaría que los socios podrán nombrar a consejeros en función de su porcentaje de participación en el capital. Actualmente, atendiendo a que conocemos que el

CA está compuesto por cinco miembros, los socios deberían nombrar a los siguientes consejeros:

	Porcentaje de participación	Nº de miembros	Diferencia
Omar	25%	1 miembro ( $5 \cdot 0,25\% = 1,25$ )	0,25
Latino Gang (el Grupo)	51%	2 miembros ( $5 \cdot 0,51\% = 2,55$ )	0,55
Restantes socios	24%	1 miembro ( $5 \cdot 0,24\% = 1,25$ )	0,25

En base a esta tabla, los socios nombran a tantos consejeros como veces se alcance íntegramente el cociente y se aprecia que faltaría la elección de un consejero restante, el cual se debería elegir conforme a lo que establezcan los estatutos de la Sociedad. En defecto de disposición estatutaria, se debería aplicar el principio de mayoría legal. Asimismo, puntualizar que el hecho de que el CA esté compuesto por un número impar favorece la adopción de acuerdos y evita situaciones de bloqueo.

Partiendo de que D. Omar todavía no tiene representación dentro del CA y que los estatutos contemplan el SRP, este socio minoritario podría ejercitar su derecho de elección del consejero D. Lewis cuando concurren alguna de las dos siguientes situaciones. Primero, si se ha producido una vacante de un consejero por los siguientes motivos: ha transcurrido el plazo de duración del cargo de consejero recogido en los estatutos, que el mismo haya sido separado de su cargo por parte de la junta o que haya renunciado. Segundo, si los estatutos contemplan un margen de tres a doce miembros (regla general legal), el número de consejeros puede incrementar y ello facultaría a D. Omar a exigir un nuevo nombramiento.

En tercer lugar, hay que analizar la posibilidad de impugnar el acuerdo de la JG sobre la negativa al nombramiento del consejero. D. Omar tendría legitimación activa para impugnar el acuerdo en base a que ostenta más de un 1% del capital y debería hacerlo en el plazo de caducidad de un año desde la fecha de la adopción del acuerdo. Hay que tener en cuenta que la impugnación de este acuerdo seguirá los trámites propios del juicio ordinario, conforme a las disposiciones de la LEC. A continuación, procedemos a explicar los supuestos y motivos por los que D. Omar podría ejercitar su derecho de impugnación.

- a) En el supuesto que la Sociedad hubiera incluido en sus estatutos el SRP y D. Omar nunca hubiera procedido al nombramiento de un administrador, este socio sí podría impugnar el acuerdo negativo de la JG relativo a la elección de D. Lewis. Su fundamentación sería que el acuerdo social está incumpliendo lo establecido en los estatutos sociales y se están ignorando sus derechos. Consideramos que estos argumentos implicarían el éxito de la impugnación del acuerdo y, consecuentemente, la Sociedad debería rectificar lo ocurrido, convocando una nueva JG en la que se nombre a D. Lewis.
- b) En el caso de que los estatutos no contemplaran el SRP, el socio D. Omar únicamente podría alegar que el acuerdo en JG, en el que se ha negado el nombramiento de D. Lewis, ha lesionado el interés social, ya bien sea porque se ha causado un daño al patrimonio social, o debido a que se ha impuesto de forma abusiva por la mayoría de socios. En concreto, el artículo 204 LSC considera que se produce un acuerdo abusivo cuando se cumplen estos tres requisitos:
  - El acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad; lo que implica un perjuicio a sus intereses.
  - El acuerdo lo adopta la mayoría de socios en interés propio o de un tercero.
  - Se produce un perjuicio injustificado a los socios minoritarios.

Además, este abuso de derecho también viene definido en el artículo 7 del CC, que recoge que existe abuso cuando el autor sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho generando un daño para tercero. Asimismo, este precepto establece el principio general de que los derechos se deben ejercitar conforme a las exigencias de la buena fe.

En relación con todo ello, queremos destacar varias sentencias:

- La SAP Murcia 756/2021 de 24 de junio alega que: *“En definitiva, dado que la concreción del interés social compete a la mayoría de los socios según el principio mayoritario que rige en las sociedades de capital, no corresponde a los jueces inmiscuirse en la vida y gestión social, salvo que los acuerdos sociales sean desleales, bien con la propia sociedad por lesionar el interés social en sentido estricto, bien con la minoría por resultar expropiatorios de estos en interés propio de la mayoría”*. En nuestro caso, la negativa se puede producir porque D. Omar no tiene el apoyo de otros socios hasta alcanzar la mayoría ordinaria en JG, no implicando un abuso de derecho. Al fin y al cabo, la Sociedad está tomando una decisión cumpliendo el principio mayoritario para la adopción de acuerdos. Sin embargo, el problema puede surgir en el caso de que D. Omar acreditara que el acuerdo perjudica los intereses de la propia entidad y de sus socios.
- Ante la relevancia de determinar qué es el interés social, hacer hincapié a la SAP de Álava 38/2014 de 13 de febrero que considera que *“los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto ... deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría”*. En este caso, lo relevante es determinar si hecho de que D. Omar nunca haya nombrado a ningún administrador, atendiendo a que ostenta un elevado porcentaje de participación, se podría considerar que este acuerdo no persigue el interés conjunto de todos los socios.

Atendiendo a la complejidad en la determinación del concepto interés social, no podemos asegurar que la acción de D. Omar no se vaya a estimar. Desde nuestra perspectiva, consideramos que es complejo que este socio minoritario acredite cada uno de los tres requisitos del artículo 204 LSC, ya que el acuerdo negativo sobre el nombramiento de D. Lewis no parece que se haya adoptado por la mayoría en interés propio, sin tener en cuenta los intereses de la Sociedad y el mismo implique un perjuicio injustificado al resto.

En definitiva, debido a que no tenemos constancia de que los socios mayoritarios estén sobrepasando los límites en su ejercicio de derecho de voto ni actuando de mala fe y que los mismos están cumpliendo con el principio de mayoría legal, lo más probable es que la acción de impugnación del acuerdo negativo por parte del socio no prospere.

En cuarto lugar, D. Omar alega que, si el CA no aprueba el nombramiento propuesto por él, pretende ejercitar acciones de responsabilidad en contra de este órgano por considerar que ha infringido sus deberes de lealtad. En conexión, queremos destacar que, para poder ejercitar esta acción de responsabilidad, la *STS 253/2016 de 18 de abril* exige que se cumplan unos requisitos, que analizaremos en relación con el caso:

- i. Comportamiento pasivo de los administradores;
- ii. Conducta del administrador infrinja la ley o estatutos o no sea diligente;
- iii. Que la conducta produzca un daño directo a un socio y;
- iv. Que exista relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño.

Al igual que hemos realizado con la acción anterior, explicaremos los supuestos y motivos por los que D. Omar estaría legitimado para interponer acciones en contra de los consejeros.

- a) Cuando la Sociedad hubiera incluido el SRP en sus estatutos, D. Omar nunca hubiera procedido al nombramiento de un administrador y el acuerdo de JG de la



propuesta de nombramiento de D. Lewis fuera negativo, el socio minoritario estaría legitimado para interponer acción individual de responsabilidad del artículo 241 LSC, en la que alegaría que se ha producido una lesión directa de sus intereses.

En este caso, no existe un incumplimiento del deber de lealtad, sino que consideramos que se produciría una falta del deber de diligencia por parte de los consejeros, ya que los mismos deberían haber advertido a los socios que existe un derecho en favor de D. Omar conforme a los estatutos.

En definitiva, como los consejeros no dijeron nada en la JG, esta actitud pasiva genera un daño a los intereses del socio D. Omar y existe una relación de causalidad entre la conducta de los consejeros y el perjuicio directo del socio, los Juzgados de lo Mercantil seguramente consideren que los consejeros no han actuado conforme a su deber de diligencia y, por ende, la acción individual de responsabilidad prospere.

- b) En el caso de que los estatutos no contemplaran este SRP y el socio alegara que los consejeros no están desempeñando su cargo con lealtad, consideramos que resulta complejo que esta acción prospere.

El deber de lealtad viene regulado en el artículo 227 LSC, en el que se exige que los consejeros deben actuar como un fiel representante, de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Seguidamente, la ley establece un *numerus clausus* de conductas que deben realizar o abstenerse para evitar situaciones de conflicto de interés.

Al igual que en la fundamentación de la acción de impugnación *supra*, consideramos que, en este caso, la única posibilidad para que se estime la acción de responsabilidad es demostrando que el acuerdo implica un perjuicio al interés social. Es decir, D. Omar debería acreditar que los consejeros no se preocuparon por los intereses de todos los socios, sino que actuaron en favor del mayoritario, e ignoraron que el acuerdo sea conforme a las necesidades de la sociedad.

Respecto a la legitimación del socio minoritario, debido a que D. Omar alcanza la participación que le permite solicitar la convocatoria de JG, el mismo podría ejercitar la acción de responsabilidad social del artículo 238 LSC. Asimismo, debido a que tenemos constancia de que quiere alegar infracción del deber de lealtad, el socio no está obligado a someter la decisión del ejercicio de dicha acción social ante la JG.

Una vez afirmamos que efectivamente puede ejercitar por si solo la acción de responsabilidad social, queremos valorar si su argumentación sobre el perjuicio al interés social prosperaría. En relación, desde nuestra perspectiva, pensamos que los consejeros han ejercido su cargo conforme a sus deberes de lealtad, discrecionalidad y lealtad y consideramos que es difícil que D. Omar acredite que los consejeros están actuando en interés propio y no en favor de la Sociedad. Por todo ello, opinamos que la acción de responsabilidad social no prosperaría.

En conclusión a este apartado, debido a que no tenemos constancia de que los estatutos establezcan un SRP, consideramos que el acuerdo negativo respecto al nombramiento de un nuevo administrador propuesto por un socio minoritario no genera un problema para la Sociedad. Todo ello, siempre y cuando no se acredite que los socios mayoritarios están actuando en contra del interés social, aspecto clave de este apartado. Atendiendo a que los órganos societarios han actuado conforme a la ley, la acción de impugnación del acuerdo negativo en JG y las acciones de responsabilidad social por falta de deber de lealtad de los administradores, no prosperarían.

### **3. Derecho de información de los socios**

**El socio minoritario D. Omar solicita información muy detallada respecto a la venta de los discos de la Sociedad; no obstante, el Consejo quiere denegársela debido a que no es relevante para ejercer sus derechos. Además, el socio realiza frecuentemente peticiones irrelevantes y monótonas con el fin de obstaculizar el trabajo del órgano de administración.**

En primer lugar, D. Omar como socio estará legitimado para ejercitar el derecho de información, pudiendo solicitar al CA los informes o documentos necesarios para poder ejercitar correctamente su derecho de voto, el cual tiene carácter instrumental respecto a este derecho de información. Respecto a la forma y plazo, este derecho individual lo debe ejercitar por escrito antes de que se celebre la JG o verbalmente durante la misma, tal y como establece el artículo 196 LSC. Asimismo, un requisito fundamental es que las aclaraciones solicitadas deben estar relacionadas con los asuntos comprendidos en el orden del día.

En concreto, D. Omar solicita información relativa a las ventas de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023, siendo un asunto relacionado con el punto del orden del día de la aprobación de las cuentas anuales. En relación, D. Omar también podrá obtener de forma inmediata y gratuita las cuentas anuales, el informe de gestión y el del auditor de cuentas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 272.2 LSC. Además, atendiendo a que el tipo social de la Sociedad es de responsabilidad limitada y que este socio representa al menos el 5% del capital, la ley le concede la facultad de poder examinar en el domicilio social, por sí mismo o junto a un experto contable, todos estos informes. De esta forma, se garantiza en mayor medida el derecho de información de los socios, derecho fundamental inherente a su condición y que es inderogable, irrenunciable y de interpretación amplia.

Consideramos que, aunque este derecho sea de interpretación amplia, ello no significa que sea un derecho ilimitado y que el socio pueda ejercitar como más le convenga. En este caso, la solicitud de información por D. Omar sobre la venta de varios discos en el presente ejercicio es una información muy específica y poco relevante, no siendo datos determinantes para ejercitar sus derechos de voto, y pensamos que D. Omar se sobrepasa en su derecho a requerir información. Sin embargo, el artículo 196 LSC establece que el órgano de administración no puede denegar información a los socios que representen al menos el 25% del capital social, incluso cuando se pueda producir un perjuicio al interés social. Esto significa que, aunque la información relativa a la venta de discos pueda perjudicar a la Sociedad, el CA deberá conceder lo solicitado al socio minoritario D. Omar.

A pesar de este artículo, la jurisprudencia, como la *SAP Madrid 60/2009 de 13 de marzo*, establece que el derecho de información debe obedecer “*a una verdadera y real necesidad*”, que debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que no puede utilizarse como instrumento de obstrucción del funcionamiento normal de la sociedad, sobreponiendo los intereses del socio sobre los de la entidad. En relación con este caso, consideramos que esta información sobre la venta de discos no responde a una necesidad real de D. Omar, ya que no es imprescindible para una toma de decisión en JG. Asimismo, esta aclaración dificulta la actividad del órgano de administración, el cual debería proceder a buscar las facturas detalladas, perdiendo tiempo de forma innecesaria.

La *SAP Madrid 385/2021 de 25 de octubre* considera que existe abuso de derecho cuando el socio no pretende únicamente conocer aspectos relativos a los puntos del orden del día de la JG, sino conocer la vida completa de la sociedad a través de una solicitud de información desproporcionada. Esto hay que relacionarlo con el hecho de que D. Omar realice habitualmente peticiones irrelevantes y repetitivas, que reflejan una actitud abusiva que dificulta injustificadamente la gestión del CA y, por ende, entorpecen la marcha de la sociedad. En relación, será imprescindible acreditar la relación de causalidad entre esta intención dañina del socio y los perjuicios que provoca a la Sociedad. Ello lo puede demostrar mediante la aportación de correos, en los que se evidencie la frecuencia con la que D. Omar exige aclaraciones y que gran parte de las mismas trata sobre un contenido parecido entre sí.

Atendiendo a lo establecido por la jurisprudencia, consideramos que, salvo que D. Omar consiga demostrar que tiene una verdadera y real necesidad respecto a la obtención de la información detallada sobre la venta de discos, cualquier juez que analice la actitud de este socio afirmararía que el mismo está ejercitando su derecho de información de forma abusiva, impidiendo el funcionamiento normal del CA de la Sociedad.

En conclusión, debido a que creemos que es prácticamente imposible demostrar que la información sobre las ventas de discos en un ejercicio en concreto sea imprescindible para los intereses de D. Omar, creemos que los consejeros de la Sociedad pueden denegar la información a este socio con total legitimidad.

Todo este supuesto refleja el importante papel que ejercen los administradores de la Sociedad, a los que aconsejamos que siempre deben intentar conseguir un equilibrio entre los derechos de los socios y los intereses del gobierno corporativo de la Sociedad. Es decir, los administradores deberán cuidar que no se produzcan deficiencias en la información concedida al socio y que la información que concedan no pueda perjudicar a los intereses de la entidad.

### Parte III- Nota legal Modificaciones estructurales (M&A)

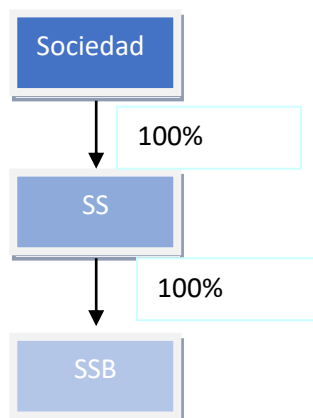
#### 1. Reestructuraciones

La Sociedad controla la filial Summer Sound, SLU (SS), que es uno de los principales focos de pérdidas del Grupo, y ésta ostenta el 100% de las participaciones de Summer Sound Barcelona, SLU (SSB), entidad que sí presenta resultados positivos con elevadas cifras de ventas.

En base a la presente estructura del grupo, se nos propone que asesoremos sobre las distintas alternativas que tiene el Grupo, de modo que SSB, pase a estar controlada por la Sociedad para que posteriormente pueda proceder a liquidar SS, la cual no tiene ni deudas ni créditos pendientes.

#### A) Alternativas

Atendiendo a que la Sociedad pretende llegar a controlar directamente el total de las participaciones de SSB mediante una operación mercantil, procederemos a proponer diferentes alternativas que pueden resultar aplicables. A continuación, exponemos la estructura actual del Grupo.



### ***i. Escisión parcial impropia***

El patrimonio de la entidad SS está constituido por una participación del 100% en la entidad SSB y otra unidad económica, que en estos momentos está generando pérdidas. La operación de escisión parcial consistiría en que SS traspase la participación de SSB a la Sociedad, manteniendo en SS la otra unidad económica; todo ello conforme al artículo 60 RDME. Asimismo, es importante recalcar que, como la sociedad beneficiaria tiene la totalidad del capital de la sociedad escindida SS, estamos ante una escisión impropia.

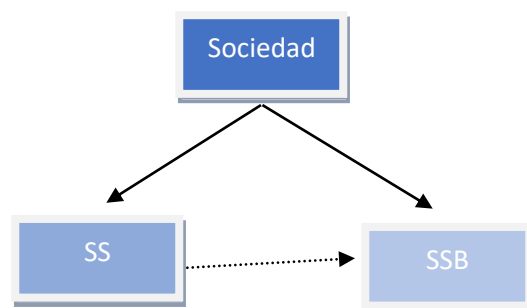
Al ser el objeto de transmisión unas participaciones que confieren la mayoría del capital social en otra entidad, la operación se define como escisión financiera conforme al artículo 76.2.1º.c) Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS). Hay que destacar que este precepto exige que en la sociedad escindida se mantenga una rama de actividad, requisito que debe atender la sociedad SS.

A efectos del balance de la sociedad SS, se producirá la baja de la partida “Participaciones en SSB” y su contrapartida será una bajada del “Capital Social”. Por otro lado, en la Sociedad se incorporan las “Participaciones de SSB”, siendo su contrapartida un descenso de parte del valor de “Participaciones en SS”.

Una vez realizada la reestructuración, se nos solicita que se debe proceder a la posterior disolución de la sociedad intermedia. Para ello es necesario el acuerdo de disolución en JG de SS, el cual será decidido por sus socios (la Sociedad). Seguidamente, se procederá a la liquidación de SS, que se realizará conforme a los artículos 383 y ss. LSC.

Los liquidadores de la entidad SS, la cual no tiene créditos o deudas pendientes, deben proceder a la realización de sus activos para así satisfacer la cuota de liquidación a los socios cuanto antes. Sin embargo, en este supuesto, debido a que la Sociedad es el único socio de SS, todos los bienes de SS se adjudicarán directamente en favor de la Sociedad como pago de dicha cuota de liquidación, integrándose en el patrimonio de la matriz.

En definitiva, la entidad SS, al no tener que proceder a la realización del activo y pago de créditos, no debe iniciar una fase de liquidación en sentido estricto y, por ende, su JG podrá adoptar un acuerdo simultáneo de disolución y liquidación de dicha sociedad (escritura en unidad de acto).



## ii. Fusión:

En este caso se puede proceder a varias modalidades de fusión, modificación estructural que se define como una operación en la que dos o más sociedades inscritas se integrarán en una entidad, produciéndose la transmisión en bloque del patrimonio de una de las sociedades y, a cambio, se atribuirán a los socios de las sociedades que se extinguen participaciones de la sociedad resultante.

### (a) Fusión impropia indirecta de participaciones de la Sociedad a SSB

Atendiendo a que las sociedades están íntegramente participadas (titulares del 100% de las participaciones), se puede realizar una fusión por absorción impropia, que permite la aplicación de un procedimiento de fusión más simplificado. En concreto, como existe una sociedad (SS) entre la absorbente (la Sociedad) y la absorbida (SSB), hay que aplicar los requisitos propios de la fusión indirecta.

El artículo 53 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (RDME) establece que la operación de fusión puede realizarse sin necesidad de que concurren los siguientes requisitos:



- a. La inclusión en el proyecto de fusión de las menciones relativas al tipo de canje de las participaciones, las modalidades de entrega de participaciones de la sociedad resultante a los socios de la sociedad absorbida, la fecha de participación en las ganancias sociales de la sociedad resultante o a cualquiera otra peculiaridad sobre este derecho o a la información relativa a la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante.
- b. Los informes de los administradores sobre el proyecto de fusión.
- c. La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.

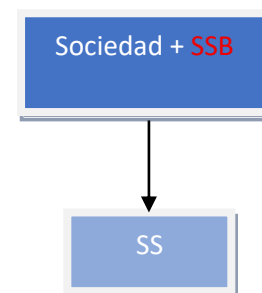
En este supuesto, el RDME establece que será necesario el informe de expertos y, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Conforme al artículo 41 RDME, atendiendo a que la fusión es entre SL y que la Sociedad es titular de la totalidad de las participaciones, consideramos que el informe de expertos no será necesario. En relación con el aumento de capital en la Sociedad, en este supuesto de fusión íntegramente participada hay que destacar que no se puede proceder al mismo. La Sociedad no puede crear nuevas participaciones como contrapartida a la entrega de participaciones de SSB por la sociedad intermedia SS debido a que se estaría produciendo la adquisición de participaciones recíprocas. En concreto, SS adquiriría participaciones de una sociedad dominante (la Sociedad), infringiendo así la prohibición de adquisición originaria de participaciones del artículo 134 LSC. En definitiva, en el presente supuesto no se debe proceder al aumento de capital.

Además, diversos autores consideran que el hecho de que las sociedades tengan un 100% de la participación en cadena implica que nunca se produce un incremento real del patrimonio debido a que el valor patrimonial de SSB ya estaba reflejado en el balance de la Sociedad indirectamente. Es decir, el valor de SSB estaba incluido como mayor valor patrimonial en la sociedad intermedia SS.

En esta fusión impropia indirecta entre empresas del mismo grupo, los elementos patrimoniales de SSB se integrarán en el patrimonio de la Sociedad, absorbiendo todos los activos y pasivos de SSB. Por su parte, SS procederá a la eliminación de las participaciones de SSB y la sociedad absorbida SSB se disuelve sin liquidación. Siguiendo con lo establecido en el artículo 53.2 RDME, al producirse con motivo de la fusión una disminución del PN de la sociedad intermedia SS, la Sociedad deberá compensar a ésta por el valor razonable de esa participación. No obstante, como posteriormente está previsto la disolución de SS, dicho valor relativo a la compensación volverá a la Sociedad.

A efectos del balance de la sociedad no participante SS, se produciría la baja de la partida “Participaciones en SSB” siendo su contrapartida una disminución de la cuenta “Reservas”. Por otro lado, en la Sociedad se incorporan los activos y pasivos de SSB, siendo la contrapartida un descenso del valor de “Participaciones en SS”.

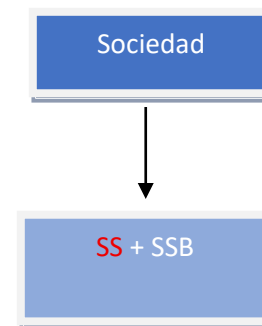
Respecto a las formalidades exigidas por la ley, otro aspecto que debemos tener en cuenta es que la JG de la sociedad absorbente no tiene la obligación de aprobar la fusión, siempre y cuando con un mes de antelación a la fecha prevista para la formalización de la absorción se haya publicado el proyecto por cada una de las sociedades participantes. Por ende, es suficiente la aprobación de la JG de la sociedad absorbida SSB que, al ser unipersonal, no se deberá atender a las mayorías legales.



*(b) Fusión inversa o invertida de SSB a SS*

Otra posible alternativa de fusión sería que la sociedad SSB absorbiera a la entidad SS, siendo calificadas como sociedad absorbente y absorbida, recíprocamente. Dicha operación viene regulada en el artículo 56, apartado 2, de RDME y la misma implica que en el momento de la fusión entre los patrimonios de SSB y SS se produce la disolución sin liquidación de la sociedad transmitente, en este caso SS.

A efectos formales, respecto a la obligatoriedad de elaborar un informe de expertos y proceder a un aumento de capital en SSB, en este caso también se aplica lo mismo que en la fusión impropia indirecta, tal y como hemos establecido *supra*. Por lo tanto, a efectos del balance de la sociedad SSB, se incorporan los activos y pasivos de SS, a excepción de la participación de SSB, y su contrapartida sería un aumento de reservas. Respecto a la Sociedad, ahora pasaría a ostentar “Participaciones en SSB”.



Aunque la operación de fusión y disolución de SS es simultánea, hecho que no nos solicitan exactamente, sí que se estaría produciendo un control de la Sociedad sobre SSB.

### ***iii. Compraventa de la totalidad de las participaciones entre la Sociedad y SS***

En este caso se producirá la transmisión voluntaria de la totalidad de participaciones de SS, como vendedora, en favor de la Sociedad, compradora perteneciente al mismo grupo que la transmitente. Conforme a lo establecido en el artículo 107.1 LSC, SS será libre de vender sus participaciones, salvo que los estatutos establezcan lo contrario.

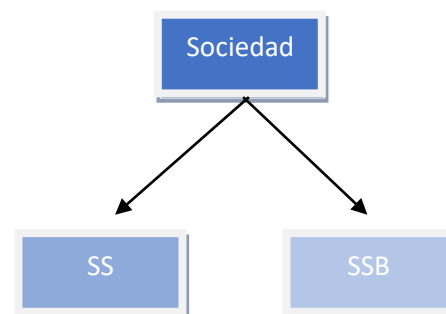
A diferencia del supuesto previo, la Sociedad compradora y la sociedad intermedia vendedora fijarán un precio de venta y un momento en el que se procederá a su pago, ya sea en la fase de *signing o closing* (éstas pueden coincidir, en función de si el contrato está sujeto a alguna condición o no).

Hay que destacar que, debido a que la finalidad posterior del Grupo es disolver la entidad SS, dicha operación de compraventa de participaciones se podría pactar con precio aplazado. De esta forma, la Sociedad no tendrá que desembolsar dinero, el cual luego volvería a la misma entidad en el momento de reparto de la cuota de liquidación.

A efectos de balance, en el activo de SS desaparece la cuenta de “Participaciones de SSB”, la cual aparece en el balance de la Sociedad, siendo reemplazado por tesorería en caso de producirse una compraventa al contado. En el caso de que se hubiera pactado el

precio aplazado, en la Sociedad nacería una “Deuda con SS” y en la entidad SS un “Crédito a CP/LP” con la Sociedad. Seguidamente, cuando se disuelva SS, la Sociedad se adjudicaría el crédito, el cual se compensará con la deuda.

Finalmente, en relación con la aprobación por parte de las JG de las sociedades contratantes, hay que valorar si el importe de la totalidad de las participaciones que se transmite se consideran activos esenciales. Hay que destacar que, si las participaciones objeto de transmisión superan el veinticinco por ciento del valor de los activos, se necesitará la aprobación de sus respectivas JG. Además, en este caso, la ley exige que la decisión necesita la aprobación de al menos un tercio de los socios; no obstante, ello no será un impedimento, atendiendo a que es una sociedad unipersonal.



#### ***iv. Reducción de capital con devolución de aportaciones en la entidad SS***

La tercera alternativa que proponemos para conseguir la estructura requerida es proceder a la reducción de capital en la entidad intermedia SS y, a cambio, se procederá a la entrega de las participaciones de SSB a favor de la Sociedad. En concreto, en la sociedad SS se produciría una minoración de su capital social y la baja de la cuenta “Participaciones en SSB” en el activo de su balance. Por otro lado, la Sociedad recibe estas últimas participaciones a cambio de un menor valor de sus “Participaciones en SS”. Es decir, esta reducción implica una desinversión parcial por parte de la Sociedad en SS.

La LSC establece que la adopción del acuerdo de reducción de capital corresponde a la JG, ya sea por una junta extraordinaria como por ordinaria. Debido a que esta decisión implica una modificación del capital social en los estatutos sociales; previamente, los administradores de SS deben redactar la propuesta de reducción de capital y ponerla a disposición de los socios en el domicilio social de la sociedad a partir del momento de la convocatoria.

En esta convocatoria de la JG se expresará en el orden del día el objeto de la reducción y el procedimiento a través del cual se llevará a cabo. Además, es un asunto que deberá votarse de forma separada por los socios, conforme al artículo 197 bis LSC.

En relación con las mayorías en JG, este acuerdo debe ser adoptado con el voto favorable de más de la  $\frac{1}{2}$  de los votos o por mayoría reforzada, si así lo previeran los estatutos. Además, al ser reducción con devolución de aportaciones, el artículo 329 LSC exige el consentimiento individual de cada uno de los titulares de las participaciones. No obstante, atendiendo a que SS es unipersonal, este requisito no implicaría ningún problema.

Hay que destacar que el contenido del acuerdo de reducción deberá incluir la cifra de reducción del capital, la finalidad de la reducción, el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo (en este caso, es amortización de participaciones) y su plazo de ejecución.

Como cualquier modificación de los estatutos, la reducción de capital se deberá documentar en escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil, y una vez inscrita, publicarlo en el BORME, conforme a lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil. En la inscripción de la reducción de capital, además de las circunstancias generales, se hará constar de acuerdo con el artículo 202 del RMM:

- El importe de la reducción.
- La identificación de las participaciones que se vayan a amortizar.
- La identidad de las personas a quienes se les restituya la totalidad o parte de las aportaciones sociales o, en su caso, la declaración del órgano de administración.
- La nueva redacción de los artículos de los estatutos relativos al capital y a las participaciones.

Finalmente, conforme al artículo 331 y ss. LSC, debido a que esta sociedad no tiene deudas, las disposiciones relativas a la responsabilidad solidaria de los socios o la

obligación de constituir una reserva indisponible, no resultarían de aplicación. Además, aunque los estatutos sociales reconocieran el derecho de oposición a los hipotéticos acreedores sociales, ello tampoco es aplicable al caso.

En definitiva, en este caso se cumple el requisito relativo al control de la Sociedad sobre SSB; no obstante, se trata de una reestructuración de partidas, no pudiendo calificarse como modificación estructural.

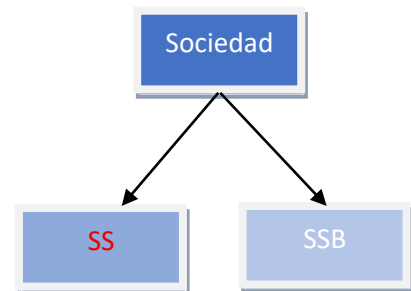
#### ***v. Acuerdo de dividendo en especie en Summer Sound***

El acuerdo de reparto de dividendo en especie de participaciones de SSB por parte de SS en favor de la Sociedad implica un ingreso en esta última. Para que SS pueda repartir dicho dividendo debe contar con reservas disponibles por importe equivalente al valor razonable de las participaciones de SSB. No obstante, atendiendo a que SS es uno de los focos principales de pérdidas del Grupo, puede ocurrir que SS no tenga reservas disponibles y no se pueda repartir el dividendo en favor de la Sociedad.

Si hubiera reservas disponibles, a efectos de balance de SS, se produciría una disminución de sus reservas y la cuenta de participaciones de SSB desaparecería. Por otro lado, la Sociedad recibiría dichas participaciones y su contrapartida es un ingreso por dividendos.

#### ***vi. Cesión global de activos y pasivos de SS a la Sociedad***

Conforme al apartado 1 del artículo 72 RDME, como última alternativa se podría proceder a la cesión global del patrimonio de SS a la Sociedad, a cambio de una contraprestación que en ningún caso podrá consistir en participaciones. Hay que destacar que este supuesto de cesión se asemeja a la alternativa de compraventa de participaciones expuesta *supra*, usándose también como un instrumento para la transmisión de empresas.



Seguidamente, el apartado 2 de este artículo establece que en el caso de que la contraprestación fuera adquirida totalmente por los socios, tal y como ocurre en el caso, la sociedad cedente SS se extingue.

En el balance de la Sociedad nacerían todos los activos y pasivos de SS, entre ellos la “Participación de SSB”. No obstante, debido a que las sociedades están íntegramente participadas, de la Sociedad no saldría nada.

#### ***A) Análisis mejor alternativa***

Atendiendo a que el cliente nos solicita que la Sociedad pase a controlar SSB y, posteriormente, se liquide SS, consideramos que la alternativa que se ajusta en mayor medida es la escisión parcial impropia y la compraventa de participaciones. A efectos de las modificaciones estructurales, la escisión es mejor opción contemplada en la RDME.

Es muy importante atender de forma pormenorizada a lo solicitado por nuestro cliente y el orden que quiere seguir. Primero, quiere que SSB pase a ejercer el control por la Sociedad, lo que significa que una sociedad dominante tiene capacidad de decidir el funcionamiento de otras sociedades debido a que ostenta la mayoría de derechos de voto o ha nombrado a la mayor parte de los miembros del órgano de administración (artículo 42 C.Com.). Segundo, una vez ya se realiza la reestructuración, quiere proceder a la disolución de SS.

Asimismo, queremos destacar que las alternativas que implican una modificación estructural, hay que valorar si la operación está amparada en el régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS, con el fin de evitar la tributación de tales operaciones. En el caso de operaciones entre empresas del grupo, como es el caso del supuesto, en ocasiones es dudosa que la operación esté amparada en el régimen especial. Lo esencial para la aplicación del régimen especial es la existencia de una motivación económica y no un motivo meramente fiscal. La sustancia económica es lo primordial en estas operaciones. Es decir, las reorganizaciones empresariales tienen que estar fundamentadas en motivos económicos y no en una ventaja fiscal.

Una vez expuesto todo ello, procedemos a exponer de forma ordenada desde la alternativa que consideramos que es más beneficiosa para la sociedad hasta la que menos.

1. La escisión parcial financiera consideramos que es la mejor opción porque cumple exactamente con la estructura que nos solicitan, ya que la Sociedad pasa a tener el control de SSB y, seguidamente, se procede a la disolución y liquidación simultánea de SS. Asimismo, la gran ventaja de esta operación es que está amparada en el régimen fiscal especial, lo que significa que esta modificación estructural no está sujeta a tributación. Llegamos a esta conclusión en virtud del artículo 76.2.1ºc). Asimismo, la consulta de la Dirección General de Tributos (DGT) de 30 de mayo de 2018 ha afirmado que cuando la sociedad beneficiaria tiene el 100% de la escindida, de manera que esta operación representa una escisión parcial impropia sin ampliación de capital, la misma está amparada en el régimen fiscal especial.
2. La segunda mejor opción es la compraventa de participaciones debido a que se consigue la estructura solicitada y que se realiza en el orden requerido. Ello se puede conseguir mediante el precio aplazado, que equivale a que el precio de compra por parte de la Sociedad volverá a la misma cuando SS se disuelva. No obstante, esta alternativa no es una de las modificaciones estructurales del RDME, no pudiendo aplicarle un régimen fiscal más ventajoso.
3. En tercer lugar, en la reducción de capital con devolución de aportaciones también se consigue la estructura deseada y en el orden solicitado. Si bien se produce una reestructuración societaria, no se trata de una modificación estructural propiamente dicha.
4. En cuarto lugar, el acuerdo de dividendo en especie también cumple con la estructura exacta relativa al control de la Sociedad respecto SSB, pudiendo proceder posteriormente a la disolución de SS. No obstante, el hecho de que esté condicionada a la existencia de reservas disponibles y que tenemos constancia de que SS tiene pérdidas, todo ello evidencia que no es la mejor opción.



Hay que destacar que respecto a la fiscalidad de estas tres últimas alternativas (compraventa, reducción y dividendo en especie), la entrega de las participaciones de SSB podría beneficiarse de la exención del artículo 21 LIS.

5. La siguiente opción sería la cesión global de activos y pasivos. Aunque se cumple con la estructura requerida, la disolución de SS se produce a la vez que la modificación estructural de cesión, motivo por el que lo posicionamos como de las últimas alternativas. Además, de acuerdo con la DGT de 26 de julio de 2023, atendiendo a que la cesión global de activos y pasivos se asimila a la fusión en los términos de la legislación mercantil, la operación puede acogerse al régimen fiscal especial de reorganizaciones empresariales.
6. La alternativa de la fusión inversa sí consigue la estructura que nos solicitan relativa a que la Sociedad ostente el control de SSB. No obstante, debido a que la operación de fusión entre SS y SSB y la disolución de SS es simultánea, no se cumple exactamente el mismo orden. En este caso, los patrimonios de la Sociedad y SSB pasan a ser uno. Ello es diferente a tener el control de la sociedad SSB, manteniendo su personalidad jurídica.

Asimismo, en la fusión impropia indirecta también la personalidad jurídica de la Sociedad y SSB pasa a unificarse, desapareciendo SSB. Aunque la fusión implica que la Sociedad ejercerá el control sobre SSB, el hecho de que desaparezca la personalidad jurídica de esta última sociedad es por lo que la posicionamos como la última opción.

A pesar de ello, la ventaja de estas dos fusiones es que están sujetas al régimen de neutralidad fiscal de la LIS. En concreto, una consulta de la DGT del 15 de enero de 2016 establece que, en una fusión sin ampliación de capital con una dependiente, indirectamente participada al 100%, y en la cual se produce una compensación a la entidad intermedia, dicha compensación está sometida al régimen de neutralidad fiscal de la LIS.

## **2. Cotización en bolsa**

**La Sociedad está interesada en la adquisición de BZRP HITS, S.A. (“Biza”), una de las empresas más relevantes del sector que cotiza desde hace años en el Ibex-35. D. Raúl, actual consejero-delegado de la Sociedad y propietario a título individual de un 6% del capital social de Biza, recomienda a la Sociedad sobre la compra de acciones en Biza.**

### ***A) Oferta pública de adquisición***

**En base a que Biza es una sociedad cotizada, el Grupo quiere conocer nuestra opinión sobre las siguientes alternativas:**

- i. Adquisición de un 29,99%**
- ii. Adquisición de un 12% y alcanzar un pacto de voto con una de las socias de Biza que tiene un 28% de las acciones**
- iii. Adquisición del 100% con el fin de evitar la presencia de socios minoritarios que le puedan complicar la futura gestión de Biza**

En este supuesto, se quiere proceder a un procedimiento de adquisición de títulos de una sociedad cotizada en bolsa; por lo que, es fundamental analizar que en el caso de que se ejerza control, qué comunicaciones se deberán hacer a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y qué precio justo se deberá pagar.

En primer lugar, hay que explicar el concepto de oferta pública de adquisición (OPA), que se define como una operación en el mercado de valores, en la que una entidad realiza una oferta dirigida a todos los accionistas de una sociedad para comprar la totalidad o parte de sus acciones. Los artículos 128 y ss. del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (Real Decreto 1066/2007) regulan la obligación de

formular OPAS por la totalidad de los valores a quien alcance el control de una sociedad cotizada:

- a. Cuando adquiera acciones u otros valores que concedan, directa o indirectamente, derechos de voto en la sociedad.
- b. Mediante pactos parasociales con otros titulares de valores, los cuales sean personas que actúan en nombre propio, pero por cuenta o de forma concertada con la nueva entidad adquirente.
- c. Supuestos de tomas de control indirectas o sobrevenidas.

En segundo lugar, hay que explicar en qué supuestos se ejercería control por parte de la Sociedad. La ley concreta que existe control cuando: *“a) alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100; o b) cuando haya alcanzado, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto inferior y designe, en los 24 meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior, un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad”*.

En tercer lugar, el artículo 5 del Real Decreto 1066/2007 establece reglas que se deben tener en cuenta para proceder al cómputo de los porcentajes de derechos de voto; en concreto, hay que destacar que establece que los derechos de voto ostentados por los miembros del órgano de administración de la entidad que adquiera se atribuirán a esa misma entidad.

Una vez expuesto todo lo anterior, vamos a analizar los tres supuestos propuestos. Respecto a la adquisición del 29,99% de la sociedad cotizada Biza parece que no existe la obligación de formular una OPA debido a que, aunque sea por muy poco, no se alcanza el 30% de los derechos de voto, no habiendo control. No obstante, en base a las reglas de cómputo de votos del Real Decreto 1066/2007, el porcentaje de voto de los miembros del órgano de administración de la Sociedad se debe sumar al porcentaje que se va a adquirir.

En relación, debido a que el consejero-delegado de la Sociedad, Raúl, ostenta el 6% del capital social de Biza, dicho porcentaje se deberá acumular al porcentaje de participación que alcance la Sociedad. Consecuentemente, la suma equivaldría a un 35,99%, lo que implica que la Sociedad sí deberá formular OPA obligatoria en este primer supuesto propuesto.

La segunda opción relativa a la compra del 12% de Biza, no existe obligación de formular OPA; sin embargo, conocemos que la Sociedad firma un pacto de voto con la socia de esta sociedad cotizada, que es titular de un 28% de los valores. En este supuesto, consideramos que se estaría produciendo una actuación concertada mediante pactos parasociales del artículo 530 LSC. En conexión, hay que analizar lo establecido en este artículo, que define estos pactos como acuerdos en los que se regula el ejercicio del derecho de voto en las JG o establece restricciones o condiciones a la libre transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas cotizadas.

En definitiva, atendiendo a que la Sociedad llega a un acuerdo con una de las socias de Biza, ello parece evidenciar que quieren establecer una política común e influir en la gestión de la sociedad; apreciándose un claro pacto parasocial. Por lo tanto, hay que afirmar que en esta segunda alternativa la Sociedad tendría la obligación de formular una OPA.

Asimismo, hay que recordar que este pacto parasocial debe ser comunicado obligatoriamente y cuanto antes a la CNMV y a la propia sociedad cotizada. Además, este acuerdo debe depositarse en el Registro Mercantil en el que la sociedad cotizada esté inscrita y se publicará como hecho relevante. Es muy importante que la Sociedad cumpla con estas obligaciones de hacer públicos los pactos, ya que de lo contrario se consideraría que incurriría en un incumplimiento de los deberes de información y transparencia, pudiendo imponerle sanciones y declarar la anulabilidad del pacto.

Respecto a estos supuestos de OPA obligatoria, hay que hacer especial mención al precio que se debe pagar por la misma. El artículo 9 del Real Decreto 1066/2007 establece que las ofertas tienen que realizarse a un precio equitativo, el cual no puede ser inferior al

precio más elevado que el oferente haya pagado o acordado por los mismos valores durante los 12 meses previos al anuncio de la OPA.

La última alternativa sobre la compra del 100% de Biza equivale al concepto de OPA de exclusión, en el que la Sociedad ofrece a todos los accionistas de la sociedad cotizada adquirir la totalidad de sus acciones a un precio con el fin de excluirla de cotización. Esta oferta sólo puede formularse como compraventa, debiendo consistir la totalidad del precio en dinero, tal y como establece el artículo 10 Real Decreto 1066/2007.

Finalmente, hay que recomendar a la Sociedad que existe la posibilidad de formular una OPA voluntaria antes de proceder a la adquisición de más del 30% de Biza, la cual se caracteriza por tener un régimen mucho más flexible, siendo su ventaja principal la posibilidad de formular una oferta a cualquier precio. Ello significa que la Sociedad podrá comprar las acciones a un precio más ventajoso a los accionistas que estén dispuestos. Luego, cuando alcance los umbrales de control, ya procedería a realizar la oferta obligatoria al precio equitativo, momento en el que el resto de los accionistas podrían vender sus títulos.

Tras haber expuesto las diversas alternativas, consideramos que una vez se proceda a adquirir el 30%, no hay un porcentaje de adquisición más conveniente que otro. No existe una mejor alternativa, ya que todo depende de los intereses que tenga la Sociedad.

### ***B) Operación de concentración empresarial***

**La Sociedad también quiere que le aconsejen sobre la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con motivo de una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza.**

El hecho de que la Sociedad proceda a la adquisición de la totalidad o parte de las acciones de Biza puede dar lugar a un cambio estable de la estructura de control del Grupo, evidenciándose así una concentración económica. Con carácter general, dicho control se apreciará cuando la Sociedad ejerza una influencia decisiva en relación con las estrategias de la sociedad cotizada en el mercado, ya sea porque ostenta la mayoría de los votos en la

JG o porque es capaz de bloquear decisiones estratégicas, como la aprobación del presupuesto anual o plan de negocio.

En este caso, atendiendo a que la zona de actividad de la Sociedad y Biza está en España, la operación de concentración se considera de dimensión nacional. Por ello, hay que proceder a la aplicación Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que establece en su artículo 8 que existe control cuando se alcancen los siguientes umbrales de cuota de mercado o de facturación:

*“a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo;*

*b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos 2 de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros”.*

En el caso de que se cumpla una de estas situaciones de control, la Sociedad, junto con las partes que adquieren el control (como la socia Natalia) son quienes deberán notificar la concentración a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) antes de proceder a la ejecución de la operación de adquisición. La CNMC puede emitir las siguientes decisiones:

- Autorización afirmando que la operación de concentración no perjudica la competencia en el mercado y la Sociedad puede proceder a la adquisición y, seguidamente, formular la OPA.
- Autorización imponiendo condiciones a la Sociedad, como obligaciones de hacer.
- Prohibición de la operación porque obstaculiza la competencia, no pudiendo así ejecutar la OPA.

La necesaria autorización de la CNMC evidencia la relevancia que tienen los intereses generales del mercado respecto a los intereses de los accionistas. Su decisión se adopta atendiendo a criterios como la estructura del mercado en el que opera la Sociedad, su posición en el mismo, su competencia real o potencial, las barreras de entrada en el mercado y otros elementos.

Esta normativa de defensa de la competencia permite a la Sociedad condicionar excepcionalmente la OPA a la obtención de una decisión favorable por parte de las autoridades de competencia, conforme los artículos 30.2 y 26 Real Decreto 1066/2007. En relación, recomendamos incluir esta opción en el contrato de compraventa, ya que de esta forma la Sociedad evita incurrir en el riesgo de tener que reducir el porcentaje de derechos de voto que ha adquirido o resolver el pacto parasocial con la socia Natalia.

### **III. Bibliografía**

#### **Normativa**

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección
- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
- Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
- Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas
- Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles



## **Jurisprudencia**

- STS 305/1998 de 14 de abril
- STS 699/2006 de 20 noviembre
- STS (Civil) 286/2012 de 14 de mayo
- STS 253/2016 de 18 de abril
- STS 696/2016 de 24 de noviembre
- STS 215/2020 de 1 de junio
- STSJ Andalucía 899/2010 de 16 de marzo
- STSJ Andalucía (Social) 1235/2013 de 1 de julio
- SAP Madrid 60/2009 de 13 de marzo
- SAP de Álava 38/2014 de 13 de febrero
- SAP Murcia 756/2021 de 24 de junio
- SAP Madrid 385/2021 de 25 de octubre
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 03 de septiembre de 2015, asunto C-125/14

## **Doctrina**

- Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup>. y Carrasco Perera, Á., *“Fusiones y adquisiciones de empresa”*, Arandazi, Madrid, 2004