



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
PROFESOR: JOSE CARLES DELGADO
TRABAJO REALIZADO POR: GLORIA MARÍA TORRENS
CASTELLANO

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
APARTADO 1	5
1. NO DECLARACIÓN DE LAS GANANCIAS DE UN MILLÓN DE EUROS POR LA REALIZACIÓN DE CONCIERTOS EN LA PLATAFORMA <i>TIKTOK</i> DURANTE LA PANDEMIA EN EL AÑO 2020. VALORE LA IDONEIDAD DE UNA REGULARIZACIÓN VS. IGNORAR EL ASUNTO, ASÍ COMO TODOS LOS POSIBLES COSTES RELACIONADOS CON AMBAS OPCIONES.	5
2. RECLAMACIÓN DE DÑA. ROSALÍA POR VULNERACIÓN DE SU DERECHO DE MARCA RENOMBRADA: VIABILIDAD DE LA RECLAMACIÓN Y POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD TENGA CAUCES SÓLIDOS DE DEFENSA.....	8
3. POSIBLE DESPIDO DEL DIRECTOR GENERAL EN LA SOCIEDAD EN LAS ISLAS CANARIAS POR PÉRDIDA DE CUOTA DE MERCADO EN ESTA REGIÓN, TENIENDO CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN QUE PREVÉ EN CASO DE DESPIDO INDEMNIZACIÓN CON 900.000€. IMPLICACIONES DEL DESPIDO, RESPETO DE LA INDEMNIZACIÓN O DESPIDO OBJETIVO/IMPROCEDENTE (TRAS DOS AÑOS Y OCHO MESES DE TRABAJO).	11
4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS CONTINGENCIAS PREVISTAS EN LOS APARTADOS ANTERIORES:	15
APARTADO 2	19
1. EL GRUPO ADQUIERE EL 51% DE LAS PARTICIPACIONES DE LA SOCIEDAD. SE QUIERE APROBAR LA DISTRIBUCIÓN COMO DIVIDENDO DEL MAYOR PORCENTAJE POSIBLE DE LOS BENEFICIOS OBTENIDOS EN EL EJERCICIO SOCIETARIO FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2022, PERO SIEMPRE CONDICIONADO A LA ESTABILIDAD FINANCIERA DE LA SOCIEDAD, DESDE UN PUNTO DE VISTA LEGAL. PASOS A SEGUIR PARA REPARTIR LA MAYOR CANTIDAD POSIBLE DE DIVIDENDOS CUMPLIENDO LOS REQUISITOS LEGALES.	19
2. SOCIO MINORITARIO CON 25% QUIERE NOMBRAR A UN MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LOS 5 PREVISTOS, SINO IMPUGNARÁ EL ACUERDO NEGATIVO E INTERPONDRÁ ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DEBER LEALTAD.	22
3. OMAR HA SOLICITADO A LA ADMINISTRACIÓN INFORMACIÓN MUY DETALLADA SOBRE LAS VENTAS DE VARIOS DISCOS LANZADOS POR LA SOCIEDAD EN 2023. LOS MIEMBROS DEL CONSEJO CONSIDERAN QUE ESTA INFORMACIÓN PODRÍA SERLE DENEGADA POR NO SER RELEVANTE PARA QUE EJERZA SUS DERECHOS, DADO QUE LOS EJERCE DE MANERA RECURRENTE CON EL OBJETIVO DE OBSTACULIZAR EL TRABAJO DEL CONSEJO CON TAREAS ADMINISTRATIVAS IRRELEVANTES Y MONÓTONAS. ¿PODRÍAN DENEGARLE LA INFORMACIÓN? EN CASO CONTRARIO CUÁLES SERÍAN LOS PLAZOS PARA APORTAR DICHA INFORMACIÓN.	24
APARTADO 3	26
1. DISTINTAS ALTERNATIVAS PARA QUE SUMMER SOUND BARCELONA S.L.U. DEJE DE ESTAR CONTROLADA AL 100% POR SUMMER SOUND S.L.U Y PASE A ESTAR CONTROLADA AL 100% POR LA SOCIEDAD Y PASOS A SEGUIR PARA LIQUIDAR SUMMER SOUND S.L.U. ASUMIENDO QUE NO TIENE DEUDAS NI CRDITOS PENDIENTES.	26
2. LA SOCIEDAD PRETENDE ADQUIRIR UN PORCENTAJE SIGNIFICATIVO DE LAS ACCIONES DE UNA DE LAS MAYORES EMPRESAS DEL SECTOR, LA SOCIEDAD BZRP HITS, S.A. (“BIZA”), QUE COTIZA DESDE HACE AÑOS EN EL IBEX-35. TODO ELLO SIGUIENDO LAS RECOMENDACIONES DE D. RAÚL (ACTUAL CONSEJERO DELEGADO DE LA SOCIEDAD), EL CUAL TIENE UN 6% DEL CAPITAL SOCIAL BIZA DIRECTAMENTE COMO INVERSIÓN	

PERSONAL. SIENDO BIZA UNA COTIZADA, LA SOCIEDAD ESTÁ PREOCUPADA POR LA POSIBLE APLICACIÓN DE CUALQUIER NORMA IMPERATIVA EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN.	32
A) PARA ELLO LE PLANTEAN DIFERENTES ESCENARIOS, PERO QUERRÍAN CONOCER SU OPINIÓN AL RESPECTO: (I) ADQUIRIR UN 29,99% DE LAS ACCIONES DE BIZA; (II) ADQUIRIR SIMPLEMENTE UN 12% DE BIZA PERO SUSCRIBIR ADEMÁS UN PACTO DE VOTO CON OTRO DE LOS SOCIOS, DÑA. NATALIA ANTILLANO, QUE OSTENTA UN 28% DE LAS ACCIONES DE BIZA; (III) ADQUIRIR EL 100% DE LAS ACCIONES DE BIZA PARA ASEGURARSE DE QUE NO HAYA PRESENCIA DE NINGÚN SOCIO MINORITARIO QUE PUDIERA COMPLICAR LA FUTURA GESTIÓN DE BIZA.	32
B) ADEMÁS, LA SOCIEDAD ESTÁ PREOCUPADA POR LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA CON CAUSA EN UNA POSIBLE CONCENTRACIÓN PROVOCADA POR LA SUMA DE LOS ACTIVOS Y VENTAS DE LA SOCIEDAD Y BIZA, SOLICITANDO IGUALMENTE SU ASESORAMIENTO EN ESTE SENTIDO.	37
 <u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>40</u>
 <u>ANEXO 1: BUROFAX.....</u>	<u>42</u>
 <u>ANEXO 2:.....</u>	<u>44</u>

Abreviaturas

AP: Audiencia Provincial

BOPI: Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Circular 8/2008: Circular 8/2008, de 10 de diciembre, de la CNMV por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores.

CUP: Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

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

ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

IS: Impuesto de Sociedades

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido

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

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

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

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

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.

M&A: Mergers and Acquisitions.

OEPM: Oficina Española de Patentes y Marcas

OPA: Oferta Pública de Adquisición

RCC: REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas.

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

RD 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.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

S.A. Sociedad Anónima.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

S.L. Sociedad Limitada.

S.L.U. Sociedad Limitada Unipersonal.

SPA: *Sale Purchase Agreement*.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

APARTADO 1

1. No declaración de las ganancias de un millón de euros por la realización de conciertos en la plataforma *tiktok* durante la pandemia en el año 2020. Valore la idoneidad de una regularización vs. ignorar el asunto, así como todos los posibles costes relacionados con ambas opciones.

Para contestar a su consulta hemos analizado la normativa tributaria, en especial, la Ley General Tributaria (LGT), hemos realizado un análisis preliminar de la doctrina a considerar y entendemos que debería haber realizado declaración de dichas cantidades tanto en el Impuesto de Sociedades (IS) como en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En este caso, sólo explicaremos la declaración del IS, a la espera de que nos confirméis las fechas exactas en que se produjeron los beneficios no declarados para poder haceros llegar la restante información. Las posibilidades que creemos que se plantean son siguientes:

1. No sería un problema en caso de haber prescrito. Dependiendo de la fecha de firma, esta opción puede resultaros relevante o no relevante. Tendrías que considerar los siguientes elementos:

- i) La declaración del IS tiene como último día de presentación voluntaria (autodeclaración) -partiendo de que el ejercicio finaliza a 31 de diciembre- el 25 de julio del año siguiente al que se produce el beneficio; es decir, en el caso planteado la autodeclaración del impuesto de sociedades debería haberse realizado el antes del 25 de julio de 2021.
- ii) La Administración Tributaria no podría liquidar la deuda conforme al artículo 66 LGT a partir de los 4 años desde que pudo realizar la oportuna liquidación.

En este sentido, si la compraventa tuviera lugar de manera posterior al 25 de julio de 2025 la deuda habría prescrito y por tanto no sería una contingencia que tener en consideración.

2. Necesidad de regularizar. Si la sociedad decidiera regularizar de forma espontánea, tendrá que realizarlo a través de una declaración complementaria, antes de que Hacienda haga un requerimiento, tendría que realizar declaración o autoliquidación extemporánea y proceder al pago de la cuota que le corresponda, sin requerimiento previo. Esta autodeclaración tendrá como consecuencia el deber de ingresar en Hacienda la cuota a

liquidar (que corresponderá a un 25% sobre el total aun no declarado), más tres tipos de obligaciones accesorias: los intereses (art. 27 LGT), un recargo (art. 27 LGT). Hemos de tener en consideración las siguientes particularidades:

(i) Recargo del 15%: La presentación de la declaración aún no se ha realizado y corresponde al IS del ejercicio de 2020, por lo que la presentación se efectúa una vez transcurridos más de 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación (más de 12 meses desde el 25 de julio de 2021), por lo que de acuerdo con el artículo 27 apartado 2 de la LGT, el recargo será del 15 por ciento y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse.

(ii) Posibilidad de reducción del importe del recargo en un 25%: El artículo 27 apartado 5 de la LGT, permite reducir el importe de los recargos en un 25 % siempre que se realice el ingreso total del importe de la deuda resultante de la autoliquidación extemporánea y el ingreso total del importe restante del recargo en el plazo del artículo 62 apartado 2 de esta misma norma, es decir:

- a. *“Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.*
- b. *Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.”*

(iii) Intereses desde el 26 de julio de 2021 hasta la fecha de presentación: Conforme al artículo 27 de la LGT surgirá la obligación de abonar los intereses de demora cuando haya transcurrido más de doce meses desde el último día en el que pudo haberse realizado la declaración. Aunque no se exigirán intereses por el tiempo transcurrido desde la presentación de la declaración hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario correspondiente a la liquidación que se practique.

Existe también la posibilidad de que la sociedad realice la declaración extemporánea sin requerimiento previo, pero no proceda al ingreso de las cantidades resultantes de la declaración en el periodo establecido por cada tributo para realizar el ingreso -ni presenten solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación-. En este caso, de acuerdo con el artículo 161.1 b) de la LGT al día siguiente de finalización del periodo previsto

para ingresar se entrará en periodo ejecutivo y de acuerdo con el apartado 3 del artículo 27 de la LGT *“la liquidación administrativa que proceda por recargos e intereses de demora derivada de la presentación extemporánea (...) no impedirá la exigencia de los recargos e intereses del período ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación.”* Los recargos e intereses del periodo ejecutivo se aplicarán de acuerdo con la explicación del próximo apartado, de acuerdo con el artículo 28 LGT.

3. En caso de que la sociedad no regularizara: Esto produce una situación de incertidumbre poco recomendable. Como hemos visto con la prescripción, la Agencia Tributaria tendrá hasta el 25 de julio de 2025 para iniciar ella los trámites de declaración del millón de euros, en caso de no iniciar los trámites en dicho periodo, la infracción habrá prescrito. En caso de que se inicien los trámites estaríamos ante un supuesto de declaración extemporánea con requerimiento previo, el artículo 62 de la LGT prevé en su apartado 2 un pago de periodo voluntario en distintos plazos según la fecha de notificación de declaración:

- i) Días 1-15 de cada mes: desde la fecha de recepción hasta el día 20 del mes siguiente, o si no fuera hábil, hasta el próximo día hábil.
- ii) Días 16 a último de cada mes: desde la fecha de recepción hasta el día 5 del segundo mes posterior, o si no fuera hábil el próximo día hábil.

En este supuesto la Administración Tributaria de inspecciona: La declaración incluirá: las cantidades correspondientes a la aplicación del impuesto, intereses y recargos, así como los intereses de demora del artículo 26 de la LGT, y además se incluirán las posibles sanciones correspondientes por omisión de operaciones en las declaraciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 184 apartado 2 de la LGT. Las sanciones se impondrán de acuerdo con el procedimiento sancionador recogido en el artículo 208 de la LGT.

Además, en caso de no ingresar las cantidades correspondientes en la declaración, de acuerdo con los plazos mencionados del artículo 62.2 de la LGT, será de aplicación el artículo 161 LGT apartado 1 a) y al día siguiente a la finalización del plazo se devengará el recargo del período ejecutivo correspondiente de acuerdo con el artículo 28 de la LGT.

4. Además, existiría un riesgo de responsabilidad penal derivada de delito, por defraudación tributaria del artículo 305 del Código Penal, por superar el importe del

tributo que hubiera resultado a pagar los 120.000 €, dado que simplemente la cuota de liquidación antes de aplicar intereses y recargos (más allá de las posibles deducciones) ya superaría los 120.000€, siendo que el IS supone un 25% de las cantidades obtenidas, en este caso, 250.000€.

Por todo ello, nuestra recomendación sería que ponderéis todas las posibilidades y en especial, estudiéis bien cuáles son las cantidades que se han dejado de pagar a hacienda por si hubiera riesgo de incurrir en delito penal y toméis las medidas de garantía necesarias para salvaguardar vuestra posición en caso de realizar la compraventa de participaciones de acuerdo con el subapartado 4 de este mismo apartado.

2. Reclamación de Dña. Rosalía por vulneración de su derecho de marca renombrada: viabilidad de la reclamación y posibilidad de que la Sociedad tenga cauces sólidos de defensa.

Respecto a las consultas que nos plantea. Tras un análisis de la Ley de Marcas (LM) adelantarle que el artículo 6.1.b) impide el registro de una marca cuando sea posible la asociación con una anterior, entendiendo por anterior, entre otras de acuerdo con el apartado 2 letra d) *“Las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean "notoriamente conocidas" en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París”* en adelante CUP. En este sentido le trasladamos las conclusiones que responden a sus consultas:

1. Posibilidad de Dña. Rosario de instar la nulidad. El artículo 8 del CUP obliga a España a proteger nombres comerciales no registrados, mediante el *ius oponendi*, permitiendo instar la nulidad del registro. Dña. Rosario ha instado la nulidad y el Tribunal determinará si se supera o no el principio de especialidad. El plazo del que disponía Dña. Rosario, para iniciar la acción era de 5 años, conforme al artículo 45 LM, que tiene su base en el artículo 6 bis apartado 2 del CUP, desde que conoció de la inscripción de esta, es decir, desde el 10 de diciembre de 2022 que es cuando se produjo la publicación de la inscripción en el BOPI. Por todo ello, Dña. Rosario tenía capacidad para instar la acción civil hasta el 10 de diciembre de 2027.

2. Criterios que utilizará el tribunal para determinar si considera que la marca no inscrita de Dña. Rosario es renombrada o no. El artículo 6 bis del CUP, prevé que se pueda invalidar el registro de marca cuando constituya “*reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares.*”. De acuerdo con lo ya mencionado si la marca es renombrada en España no podríamos inscribirla, habría que analizar qué entiende la jurisprudencia por marca renombrada. En este sentido atenderemos a los siguientes puntos:

i. Extensión de la marca en el territorio: Las sentencias en España, se han visto muy influenciadas por las tendencias europeas con interpretaciones más extensivas¹ del concepto marca renombrada. Las sentencias han ido evolucionando, de tener como requisito que la marca sea renombrada en una parte extensa del territorio², a un criterio más flexible que determina que esa parte sustancial tiene que ser igual o superior a tres comunidades autónomas³. Entendemos que si Dña. Rosario puede probar el porcentaje del 40% de presencia en el territorio, se puede entender que cumple con el requisito de extensión por España, más aun con la tendencia a interpretaciones más extensivas.

ii. Similitud de la marca renombrada con la nueva inscrita: En este caso, atendemos al artículo 7 de la LM, el apartado 1 no sería aplicable puesto que no son nombres idénticos; en cuanto al apartado 2, sí sería un riesgo en tanto se trata de nombres similares que designan actividades similares -musicales- por lo que se podría llegar a producir confusión en el público y asociación con la marca anterior. En este caso estamos ante una marca denominativa arbitraria, puesto que el nombre no guarda relación alguna con las características de los productos o servicios a los que se refiere (MOTOPAPI-MÚSICA), además es una marca denominativa simple, porque se trata de una sola palabra. El tribunal realizará la comparativa entre ambos nombres de acuerdo con los criterios a continuación: Comparación fonética, conceptual y visual. En este caso, tratándose de una marca cuyo

¹ STJUE del 14 de septiembre de 1999, que resuelve el caso *General Motors* (asunto C-375/97) sobre el alcance de marca renombrada. En el apartado 24 de esta sentencia, el TJUE establece que el público entre el cual la marca anterior debe haber adquirido renombre es el interesado por esta marca, es decir, dependiendo del producto o del servicio comercializado, podrá tratarse del gran público o de un público más especializado, por ejemplo, un sector profesional determinado.

² STS 17/12/2009.

³ SAP Zaragoza de 7 de junio de 2011.

identificador sólo es MOTOPAPI, el tribunal se centrará en la fonética, es decir en la impresión auditiva global en el consumidor medio. Las reglas establecidas por la jurisprudencia en estos casos son ⁴:

- El orden de las vocales que forman la denominación
- Identidad en la sílaba tónica
- Estructura de la denominación y número de sílabas,
- Sílabas que encabezan las denominaciones (factor tónico)
- La transposición de los elementos integrantes de las denominaciones comparadas
- Diferentes en una sola letra.

iii. Inversiones de Dña. Rosario: Otro de los criterios que utilizan los tribunales para determinar si una marca es renombrada o no es la importancia de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla⁵. En este caso, nos trasladáis que Dña. Rosario ha invertido más de 10 millones de euros sólo en España, lo cual es una cantidad lo suficientemente grande para que sea tomada en consideración como argumento para considerarse marca renombradas⁶.

3. Posibilidades de defensa de la Sociedad frente a Dña. Rosario:

No entendemos por qué doña Rosario ha interpuesto una acción ante los Tribunales para reclamar alegando vulneración de propiedad intelectual de la sociedad, cuando en su momento no se opuso a la solicitud de marca que se publicó en el BOPI. De acuerdo con el artículo 19.1.b) de la Ley de Marcas, los propietarios de marcas de renombre, aunque no inscritas, podrán oponerse al registro de la marca invocando las prohibiciones previstas en el título II; y de acuerdo con el apartado 2 de este mismo artículo, la oposición deberán formularla ante la OEPM, mediante escrito motivado y documentado, en forma y plazo previsto reglamentariamente y junto con el abono de la corriente tasa. En este sentido, podríamos argumentar que, si antes no reclamó y ahora sí, está incurriendo en ir contra la

⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3278/2009 de 12 de marzo: “*mismo número de sílabas, (...) misma secuencia vocálica, que la sílaba tónica es la misma y que, además, los dos signos presentan la misma sílaba final. Como consecuencia de tales coincidencias, se aprecia que ambas marcas, ponderadas en conjunto, presentan una notable semejanza fonética*”.

⁵ SAP de Granada 11 de febrero de 2011

⁶ Comentarios Lefebvre EDC 2007/152262 Cuestiones generales.

doctrina civil de los actos propios, así como que denota mala fe la actitud de Dña. Rosalía por acudir directamente a los Tribunales sin reclamación extrajudicial previa.

En cuanto a los argumentos principales para conseguir una defensa sólida necesitaríamos conseguir probar que los argumentos de Dña. Rosalía no son ciertos: En primer lugar, deberíamos probar que no es cierto que la extensión de la marca de Dña. Rosalía en el territorio es del 40%, tratando de demostrar que se trata del total del territorio nacional español y que no son ciertas dichas cantidades, mediante el análisis de algún perito; en segundo lugar, necesitaríamos conocer cuál es exactamente el nombre de marca de Dña. Rosalía, porque no lo indicáis, así podríamos argumentar que fonéticamente son muy diferentes o cualquiera de los puntos del punto 2.ii y que no hay riesgo de asociación; por último, en cuanto al tema de la publicidad, podríamos solicitar las facturas para ver si es cierto que Dña. Rosalía se gastó esas cantidades en promociones y, aunque lo probara, tratar de compararlo con promociones de marcas que tengan una amplia extensión en el territorio y ver si es posible demostrar que invertía cantidades inferiores a ellas.

Por todo ello concluimos, que las reclamaciones de Dña. Rosario son viables, en tanto como titular de marca o nombre renombrado tiene derecho a impedir que se inscriban nombres o signos idénticos de manera posterior, aunque se podrá argumentar: que no se opuso en el plazo destinado *ad hoc* ante la OEPM, que no se está reclamando de buena fé, y tratar de desmentir que de verdad sea una marca renombrada, tratando de probar que no está extendida en el territorio, que invierte menos cantidades de las que dice en publicidad, y que el nombre de su “supuesta marca renombrada” difiere lo suficiente de “Motopapi” que no hay riesgo de asociación.

3. Posible despido del director general en la Sociedad en las Islas Canarias por pérdida de cuota de mercado en esta región, teniendo contrato de Alta Dirección que prevé en caso de despido indemnización con 900.000€. Implicaciones del despido, respeto de la indemnización o despido objetivo/improcedente (tras dos años y ocho meses de trabajo).

Para contestar a estas cuestiones vamos a analizar en primer lugar en qué se diferencia la figura de Alto Directivo de otras figuras como las de trabajador del Estatuto de los Trabajadores (ET) con relación laboral; en segundo lugar, analizaremos de manera

general las cláusulas de blindaje de los Altos Directivos; y por último trataremos de ver cuál sería la diferencia en caso de despido objetivo o improcedente.

A. Diferenciación de Alto Directivo con otras figuras:

Partimos de la base de que D. Patricio es un Alto Directivo, no basta con que tenga esta consideración a nivel contractual, pues en estos casos, la aplicación de la normativa de Alta Dirección no depende del *Nomen iuris* de la relación contractual sino de que de *facto* realice las funciones propias de un Alto Directivo.

(i) Definición de Alto Directivo: El artículo 1 apartado 2 del RD 1382/1985 define personal de alta dirección como *“aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”*. Se trata de una relación laboral especial, de acuerdo con el artículo 2 apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que sólo exceptúa la artículo 1 apartado 3 c) ET como un Alta Dirección que no dispone de laboralidad, se refiere a que quedan excluidos del ET los altos cargos cuya actividad se limite *“pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración (...) y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”*.

Entendemos que una persona que desempeñe un puesto de Alta Dirección se diferencia de una relación laboral por sus notas de dependencia y ajenidad; y de un administrador societario -que no realice más funciones que las propias de su cargo- en que el administrador dispone de un contrato mercantil, mientras que el tipo de relación del Alto Directivo es laboral especial.

(ii) Dónde se regula la figura del Alto Directivo: RD 1382/1985 regula la figura del Alto Directivo. Partimos de la base de que las fuentes del contrato del Alto Directivo son:

- i. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas del RD 1382/85.

- ii. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el ET, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en el RD 1382/85, o cuando así se haga constar específicamente en el contrato.
- iii. En lo no regulado por el RD o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

B. Cláusula de blindaje del Alto Directivo: indemnización por despido

El artículo 11 del RD 1382/1985, regula la extinción de contrato de Alta Dirección por voluntad del empresario. En este sentido, prevé que el empresario comunique por escrito y con preaviso -mínimo 3 meses de preaviso, con posibilidad de pacto en contrato hasta 6 meses- el despido, reconociendo el derecho del Alto Directivo a la indemnización pactada en el contrato. En caso de ausencia de pacto prevé una indemnización por despido de 7 días por año hasta un máximo de 6 mensualidades. Además, incluye en caso de incumplimiento del preaviso una indemnización correspondiente a los salarios correspondientes al periodo incumplido. De acuerdo con esto, la sociedad debería preavisar al Alto Directivo con un plazo de 3 a 6 meses dependiendo de lo estipulado en contrato y abonarle la indemnización pactada de 900.000€.

Sin embargo, el apartado 2 del artículo 11 en cuestión, prevé la posibilidad de no aplicar la indemnización prevista en contrato en caso de incumplimiento grave y culpable del Alto Directivo con los efectos del artículo 55ET. En este caso sólo se deberá pagar los 900.000€ si se declara posteriormente la improcedencia del despido -también podría readmitir-, sino de acuerdo con el 55ET no habrá indemnización por aplicarse las normas del despido disciplinario.

En nuestro caso concreto no creemos que tengamos suficiente información para considerar que D. Patricio hubiera realizado incumplimientos graves y culpables propios de tener como consecuencia un despido disciplinario. Por lo que, la Sociedad tendría que actuar conforme a lo pactado en contrato.

La cuestión que nos planteamos es si habiendo pactado un blindaje de indemnización, en caso de extinción del contrato por voluntad de la empresa, procede el abono de dicha indemnización cuando el contrato se extinga por despido objetivo, causas económicas y organizativas y siendo procedente en este sentido. Esa misma cuestión la resuelve la STS 2110/2022, de 17 de Mayo, declarando firme la sentencia que se estaba recurriendo por

la que se consideraba que era de aplicación la indemnización prevista en el contrato (en ese caso 150.000€), esta sentencia basa su decisión en que en la cláusula de blindaje se preveía como posibilidad de despido por causas objetivas y la compara *a sensu contrario* con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 14 de abril de 1998, recurso número 5722/1997, donde se afirma que en casos en que el despido del Alto Directivo se realiza por causas objetivas, se entiende que son causas ajenas a la voluntad del empresario y que por tanto, salvo que se prevea expresamente en la cláusula de blindaje, en este caso no sería de aplicación la indemnización pactada sino que *“el artículo 12 permite la extinción del contrato de alta dirección por las mismas causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores , 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 Estatuto de los Trabajadores”*.

Por tanto, dependerá de lo establecido en el contrato, entendemos que la cláusula de blindaje no incluía expresamente que pasaría en caso de despido por causas objetivas, por lo que de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 14 de abril de 1998, recurso número 5722/1997 parece que correspondería abonarle la indemnización por despido que correspondería a 20 días por año hasta un máximo de 12 mensualidades.

C. Diferencias con el despido objetivo o improcedente del ET.

- i. En caso de que sea un despido basado en el incumplimiento grave y culpable del Alto Directivo, se producirá el despido con efectos del artículo 55 ET, si se declara procedente no tendría derecho a indemnización; si se declara improcedente, tendría que abonársele el blindaje, o en su defecto una indemnización de 20 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 12 mensualidades. Como Don Patricio lleva trabajando 2 años y 8 meses, la indemnización sería de: 53 días de salario (2 años x 20 días + 8meses /12meses x 20 días). Si el despido se declara improcedente o nulo, el empresario y el Alto Directivo pueden acordar la readmisión o el abono de indemnizaciones, en caso de desacuerdo se opta por las indemnizaciones.
- ii. Si se remitiera a al ET y fuera de aplicación el despido objetivo, en este caso estaríamos ante una de las causas del 51.1 ET por causas económicas y habría que indemnizar de acuerdo con el artículo 53 b) ET con 20 días por año hasta 12

mensualidades, la misma cantidad que si se declarara improcedente un despido disciplinario, 53 días de salario.

En conclusión, entendemos que salvo que se hubiera previsto en el contrato la posibilidad de despido por causas objetivas manteniendo la indemnización de 900.000€, pero de no haberse pactado expresamente se aplicaría la indemnización del ET por causas objetivas de 20 días por año hasta 12 mensualidades, lo que supone 53 días de salario.

4. Mecanismos de protección frente a las contingencias previstas en los apartados anteriores:

Estamos ante un supuesto de compraventa de participaciones para la adquisición del 51% de Producciones Gasolina, S.L., en adelante la “**Sociedad**”. Hemos de tener en cuenta dos elementos: en primer lugar, cuando una empresa inversora adquiere las participaciones de una sociedad, en general, lo hace con fines lucrativos, por lo que carecería de sentido que realizara la inversión sin una serie de previsiones de que la sociedad que va a adquirir, en adelante “**Target**”, va a dar beneficios, o incluso al revés, asegurarse de que no le va a crear problemas y resultar en pérdidas; en segundo lugar, al comprar las participaciones se convertirá en socio mayoritario de la Sociedad y siendo una S.L., en caso de contingencias responderá hasta el total de sus participaciones en la Sociedad, por lo que querrá asegurarse de que su dinero invertido no se pierde.

En este sentido, la legislación permite, a través de la autonomía de la voluntad⁷ que los contratos prevean aquellas cláusulas que los contratantes tengan por conveniente, siempre que no contradigan al orden público, a las leyes o a la moral. En este caso, es una práctica generalizada, que los contratos de compraventa de participaciones o SPA incluyan una cláusula o una referencia a un Anexo y un Anexo con previsiones que sirvan de Salvaguarda para posibles contingencias en la Sociedad, este tipo de cláusulas o condiciones se conocen como *Reps and warranties e Indemnities*.

⁷ En el caso de la legislación española, de acuerdo con el artículo 1255 del CC “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*”

(i) *Reps, (representations) and warranties*, entendiéndose por estos conceptos declaraciones de hechos relativos a los activos, pasivos y operaciones de la *Target*. Pueden hacer referencia a los hechos ya ocurridos, que estén ocurriendo o que puedan ocurrir en el futuro. Estas declaraciones tienen como finalidad revelar hechos materiales, permiten que los adquirientes, en este caso compradores, puedan avanzar en el proceso del contrato de compraventa sin tener que verificar cada declaración hecha por un vendedor durante el periodo de diligencia debida.

(ii) *Indemnities*, o indemnidades, consisten en la asunción de un compromiso por parte de la parte que transfiere la propiedad, en este caso el vendedor, de compensación a la otra parte -la adquirente o compradora- por determinados costes y gastos, que puedan producirse normalmente derivados de reclamaciones por terceros. La indemnización también puede cubrir reclamaciones directas, que son reclamaciones o causas de acción que una parte contratante tiene contra la otra.

El presente análisis redonda sobre cómo salvaguardar los tres supuestos que se nos han planteado: La no declaración de ciertos ingresos por unos conciertos en la plataforma *TikTok* durante la pandemia, la existencia de una serie de reclamaciones por Dña. Rosario por vulneración de propiedad intelectual y el despido de D. Patricio Quevedo que puede llegar a suponer el pago de una indemnización de 900.000€. Previamente al desarrollo del análisis, nos gustaría matizar que todos los términos, que aparecen en los ejemplos de cláusulas, con la letra inicial mayúscula se han redactado de esa manera teniendo en consideración que habrán sido debidamente definidos en el contrato, previamente a la inclusión de las cláusulas⁸.

En primer lugar, desde nuestra perspectiva consideramos que lo ideal sería que el vendedor declarara que no existen contingencias ni pasadas, ni presentes, ni hechos que puedan suponer contingencias futuras. Sin embargo, en este caso entendemos que no sería posible debido a que los compradores son conocedores de la existencia de dichas contingencias, el contrato debería redactarse teniendo en cuenta dos posibilidades: la primera, se prevea un menor precio, partiendo de las posibles consecuencias de las contingencias analizadas en las cuestiones previas; o la segunda, establecer una serie de

⁸ Woodruff-Sawyer & Co., “*Guide to representations & warranties insurance*”, 2023

Indemnities para que en caso de que la evolución de los supuestos planteados acabe conllevado una serie de gastos o daños económicos y legales a la sociedad y al nuevo adquirente, esta pueda repercutirlos sobre el vendedor. Asimismo, sí que se podrán incluir las *Reps and warranties*, que supongan declaraciones del vendedor sobre que más allá de las contingencias explicitadas no existen otras.

(i) Para solventar la contingencia sobre la no declaración de impuestos incluiríamos, por ejemplo, la siguiente cláusula:

“2.1. Indeminty Fiscal

El Vendedor se obliga a responder frente al Comprador por todas aquellas cantidades a pagar en relación con las obligaciones, responsabilidades o posibles contingencias que pudieran surgir con cualesquiera autoridades públicas en materia de Impuestos, Tasas, así como intereses, sanciones o recargos derivadas de los mismos, que resulten de acciones y omisiones que hubieran tenido lugar con anterioridad a la Fecha de Cierre del Contrato. Las citadas cantidades serán obligación del Vendedor, con independencia de que se conozcan o materialicen con posterioridad a la Fecha de Cierre del Contrato.”

Tal como hemos indicado en el desarrollo del apartado 1.a), el problema de la no declaración de impuestos no sólo puede conllevar el pago de los impuestos debidos, los intereses, los recargos y las posibles sanciones administrativas; sino que podría llegar a conllevar responsabilidad penal. En este sentido, convendría que la parte Vendedora procediera a regularizar su situación legal, así como incluir también una *Representation* por la que se declarara que desarrolla su actividad en cumplimiento de la legalidad:

“1.1. Legal Compliance

El Vendedor declara que la Sociedad ha desarrollado y desarrolla su actividad en cumplimiento de la legalidad aplicable en España, cumpliendo todas las obligaciones estatales, autonómicas, municipales y comunitarias, así como las de cualquier otro territorio en que desarrolle o haya desarrollado su actividad. En especial en lo que corresponde al pago de impuestos, tasas, cánones que graven su actividad, así como el suministro de información, periódica o no, requerida por los organismos competentes.”

Sin perjuicio de que se incluya a su vez una *indemnity* por si surgiera alguna contingencia futura más allá de las contingencias por incumplimiento de la normativa fiscal, por cualquier tipo de posible incumplimiento de la legalidad en general.

(ii) En segundo lugar, respecto al asunto de la reclamación de Doña Rosalía, podría pactarse o bien un menor precio por las posibles consecuencias en caso de que sea necesario indemnizar a Dña. Rosalía, o bien que las indemnizaciones por ese concepto correspondan a los vendedores. En ese sentido, es habitual incluir en el contrato que el Vendedor declare que no hay más deudas frente a terceros y que en caso de haberse generado de manera previa a la Fecha de Cierre del contrato, sea este quien asuma las consecuencias de la aparición de cualquier otra deuda de la sociedad. Con este fin suelen pactarse franquicias y topes a la indemnización que habrá de pagar el vendedor (maximies y minimies) a partir de los cuales tendrá que pagar el vendedor o corresponderá al comprador⁹.

También incluiríamos una cláusula de *representation* para que declare que no hay contingencias respecto a la propiedad intelectual. Si llegáramos a considerar que el asunto referido sobre Dña. Rosalía es una contingencia, podríamos incluir en la cláusula “*Sin perjuicio de la contingencia prevista en la cláusula (referencia a una cláusula que explique lo ocurrido con Dña. Rosalía), (...).*”

(iii) En tercer lugar, respecto a la contingencia derivada del despido, habría que incluir alguna cláusula de *representation* para que el vendedor declarara que no hay más contingencias respecto a asuntos laborales y una *indemnity* para que las consecuencias del despido de D. Patricio sólo recaigan en el vendedor.

(iv) Por último, en relación con las tres contingencias, sería de interés incluir alguna cláusula tanto de *indemnity* como de *representation*, sobre la responsabilidad en caso de litigios, que incluyera los procedimientos judiciales y con las distintas administraciones públicas o autoridades.

⁹ Alfaro Jesus (2021) “*La compraventa de empresas (iii): Contenido típico de un contrato de compraventa de empresa (SPA sale-purchase agreement)*”, Almacén de Derecho.

APARTADO 2

1. El Grupo adquiere el 51% de las participaciones de la Sociedad. Se quiere aprobar la distribución como dividendo del mayor porcentaje posible de los beneficios obtenidos en el ejercicio societario finalizado el 31 de diciembre de 2022, pero siempre condicionado a la estabilidad financiera de la Sociedad, desde un punto de vista legal. Pasos a seguir para repartir la mayor cantidad posible de dividendos cumpliendo los requisitos legales.

PASIVO Y PATRIMONIO NETO	(Millones €)
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
TOTAL PASIVO + PATRIMONIO NETO	90

En primer lugar, atenderemos a dónde viene regulado el reparto de dividendos; en segundo lugar, justificaremos por qué se dan los requisitos para el reparto de dividendos de acuerdo con lo establecido en el enunciado; y en tercer lugar veremos cuál será el porcentaje máximo de beneficio que podremos distribuir en este caso.

A. Regulación del reparto de dividendos: El reparto de dividendos viene regulado en la Ley de Sociedades de Capital, en los artículos 273 a 275 de la LSC, además, ha de cumplirse con lo previsto en los estatutos sociales a este respecto o en caso contrario procederse a la modificación previa de los mismos. Para resolver esta cuestión partiremos de que no hay nada específico establecido a este respecto en los estatutos sociales.

B. Requisitos para el reparto de dividendos de acuerdo con lo establecido en el enunciado:

De acuerdo con el artículo 273 sobre la Aplicación del resultado, será la junta general la que resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado y se realizará siempre que el valor del patrimonio neto no sea a consecuencia del reparto inferior al capital social: *“Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio,*

o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.”

Además de acuerdo con el artículo 274 LSC, prevé que las reservas legales sólo podrán destinarse a compensar pérdidas hasta que superen el 20% del capital social y obliga a que el 10% de los beneficios se destinen a reservas voluntarias hasta que se alcance ese 20%: *“1. En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social. 2. La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.”*

Por último, el artículo 275.1 de la LSC prevé que en las S.L. salvo disposición contraria en los estatutos la distribución de los dividendos entre los socios se realizará de manera proporcional conforme a su participación en el capital social.

C. Cuál será el porcentaje máximo de beneficio que podremos distribuir en este caso.

Partimos de la base de que no hay requisitos especiales en los estatutos para el reparto de dividendos. A continuación, valoraremos partida a partida qué podremos utilizar para compensar las pérdidas:

- La reserva legal o estatutaria: podremos utilizarla de haber utilizado el resto de las reservas voluntarias de manera previa. Si la dejamos por debajo del 20% del capital social habrá que destinar el 10% de los beneficios a dotar reservas legales.
- Las reservas voluntarias las podemos destinar a compensar pérdidas, así como la reserva de revalorización y las aportaciones por los socios.
- Los beneficios también los podremos destinar a compensar pérdidas, pero teniendo en cuenta que la idea es repartirlos como dividendos no creemos que sea conveniente.

- Sin embargo, entendemos que el dinero correspondiente a los préstamos participativos no deberíamos utilizarlo en pérdidas porque su finalidad es el desarrollo de proyectos empresariales concretos y estaríamos atentando contra a los derechos de los acreedores financiadores.

Opción 1: el balance quedaría de la siguiente manera:

CAPITAL SOCIAL	50.000.000
RESERVA LEGAL	500.000
RESERVA VOLUNTARIA	0
RESERVA DE REVALORIZACIÓN	0
OTRAS APORTACIONES	0
PÉRDIDAS ACUMULADAS DE EJERCICIOS ANTERIORES	65.000.000
RESULTADOS DEL ÚLTIMO EJERCICIO	4.500.000
PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS CON SOCIEDADES DE GRUPO	60.000.000

(i) Utilizar el total de las reservas y de las aportaciones de los socios: 30.000.000 + 10.000.000 + 5.000.000 + 20.000.000 = 65.000.000 para compensar pérdidas.

(ii) Destinar el 10% de los Beneficios para dotar reservas legales (500.000), conforme al 274.2 de la LSC.

(iii) Por último para poder repartir beneficios será necesario que las pérdidas por ejercicios anteriores no supusieran que el Patrimonio neto fuera inferior al capital social, porque entonces el beneficio irá a cubrir esas pérdidas: Podrían repartirse, siempre que el patrimonio neto no sea inferior al capital social después del reparto. Importante en este punto entender cómo computan los préstamos participativos. El ICAC en la Resolución de 5 de marzo de 2019¹⁰ establece que los préstamos participativos en ningún caso forman parte del patrimonio neto a la hora de verificar el test del balance patrimonio neto no inferior al capital social. No estamos teniendo en consideración 4.500.000 porque es lo que llevamos idea de repartir como dividendos.

¹⁰ Pérez Iglesias, J. M. y Sánchez Iniesta, G. (2020). “Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV)”. Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 443, 193-260.

Para repartir beneficios: Patrimonio Neto > Capital Social

Capital + Reservas + pérdidas y ganancias > Capital Social

$$50.000.000 + 500.000 - 65.000.000 = -14.500.000 \text{ que es } < 50.000.000$$

Por lo que con estas operaciones no se podrá repartir dividendos.

Opción 2:

CAPITAL SOCIAL	50.000.000
RESERVA LEGAL	10.000.000
RESERVA VOLUNTARIA	0
RESERVA DE REVALORIZACIÓN	0
OTRAS APORTACIONES	0
PÉRDIDAS ACUMULADAS DE EJERCICIOS ANTERIORES	75.000.000
RESULTADOS DEL ÚLTIMO EJERCICIO	5.000.000
PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS CON SOCIEDADES DE GRUPO	60.000.000

(i) Utilizar el total de las reservas y de las aportaciones de los socios, respetando que las reservas legales sean el 20% del capital social: $20.000.000 + 10.000.000 + 5.000.000 + 20.000.000 = 55.000.000$ para compensar pérdidas.

(ii) Para poder repartir beneficios será necesario que las pérdidas por ejercicios anteriores no supusieran que el Patrimonio neto fuera inferior al capital social, porque sino el beneficio irá a cubrir esas pérdidas:

Para repartir beneficios: Patrimonio Neto > Capital Social

Capital + Reservas + pérdidas y ganancias > Capital Social

$$50.000.000 + 10.000.000 - 65.000.000 = - 5.000.000 \text{ que es } < 50.000.000$$

Por lo que con estas operaciones tampoco se podrán repartir dividendos.

2. Socio minoritario con 25% quiere nombrar a un miembro del Consejo de Administración de los 5 previstos, sino impugnará el acuerdo negativo e interpondrá acción de responsabilidad por infracción del deber lealtad.

Para poder formar parte del Consejo de Administración hacen falta dos requisitos: cumplir con las condiciones legales y estatutarias y ser nombrado conforme a procedimiento legal.

(i) Los requisitos legales son: el requisito general de capacidad, que en caso de ser personas físicas es necesario que sean mayores de 18 años y tengan capacidad de disponer sobre sus bienes, y que no incurra en prohibición de incompatibilidad. Los estatutos podrían añadir más requisitos, como podrían ser: que tenga cualidad de socio o que preste determinadas garantías, entre otras posibilidades. En este caso no se mencionan, partimos de que no habría requisitos estatutarios específicos.

(ii) En cuanto al procedimiento legal de nombramiento: debe ser nombrado por la Junta General conforme a convocatoria de acuerdo con el artículo 166 de la LSC.

El órgano competente para el nombramiento es la Junta General conforme al artículo 160 b) de la LSC. Partimos de que la Sociedad es una S.L. por lo que será de aplicación el artículo 198 de la LSC que establece una mayoría ordinaria para la toma de decisiones de la Junta General -estableciendo en los siguientes artículos una mayoría reforzada para otras votaciones entre las que no se incluye el nombramiento de administradores-. Dicha mayoría ordinaria, se basa en que los acuerdos sociales se adoptan por la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que correspondan. Al menos a un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social.

Para la conformación del Consejo de Administración las votaciones de cada miembro se realizarán por separado (RDGRN de 13 de octubre de 2015), será imposible que el socio con un 25% llegue a conseguir incluir a un miembro en el Consejo de Administración, sin el apoyo de la parte restante de la sociedad, puesto que no conseguiría él solo la mayoría, aunque no acudieran a la Junta. Se trata de un sistema mayoritario y la norma general que prevé este sistema mayoritario no es sustituible por otra que prevea el reparto entre grupos (como así lo indican la STS 27 de enero de 2005 y la RDGRN de 15 de octubre de 2010). En este sentido, la jurisprudencia ha prohibido las cláusulas estatutarias que prevean la representación proporcional en las Sociedades Limitadas (STS de 6 de marzo de 2009)¹¹.

¹¹ ALFARO, J. “El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros”, Almacén de Derecho (2017)

Cuestión distinta es lo que ocurriría en una S.A. donde el artículo 243 de la LSC prevé salvo pacto contrario en Estatutos un sistema que garantiza la presencia de minorías en el consejo mediante la representación proporcional., estableciendo que las acciones se podrán agrupar hasta una cifra de capital social igual o mayor que el capital social entre el número de miembros en el Consejo de Administración, y que esos grupos tendrán derecho a designar los vocales que por fracciones enteras se deduzcan. Es decir que si la sociedad (desconocemos su capital social) tiene un 100% de capital y 5 miembros en su Consejo de Administración, podrán designar miembros todos aquellos con más de un 20%, entre ellos D. Omar si fuera una S.A. Además, se podría realizar *ad cautelam* aunque no hubiera una vacante en ese momento de la comunicación.

3. Omar ha solicitado a la Administración información muy detallada sobre las ventas de varios discos lanzados por la sociedad en 2023. Los miembros del Consejo consideran que esta información podría serle denegada por no ser relevante para que ejerza sus derechos, dado que los ejerce de manera recurrente con el objetivo de obstaculizar el trabajo del consejo con tareas administrativas irrelevantes y monótonas. ¿Podrían denegarle la información? En caso contrario cuáles serían los plazos para aportar dicha información.

El artículo 93 de la LSC recoge los derechos de los socios, en concreto su apartado d) prevé el derecho de información. Este derecho consiste en la facultad que tiene el socio de solicitar al órgano de administración informes y aclaraciones en relación con los asuntos que se van a tratar en la Junta, siempre dentro de unos límites para evitar abusos. El fin de este derecho es asegurar que todos los socios, especialmente los que tengan una participación minoritaria y se encuentran más alejados de la gestión de la sociedad, puedan votar en la junta con conocimiento de los aspectos de la sociedad que redunden en las decisiones a tomar. El momento de ejercicio de este derecho será antes de la celebración de la junta por escrito o verbalmente durante la misma.

Partimos de lo establecido en el artículo 196 de la LSC, que recoge el derecho de información de los socios de la S.L. Destacando que su apartado tercero incluye expresamente “*No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.*” que es el porcentaje de participaciones que representa D. Omar. Además, El derecho de información del socio de una S.L., en el contexto de la junta de aprobación de

cuentas anuales, tiene una extensión mayor que el reconocido al de una sociedad anónima, en cuanto la Ley le reconoce expresamente no solo un derecho a preguntar sino un derecho a inspeccionar la corrección de las cuentas anuales (AP Barcelona 9-12-13).

Sin embargo, si atendemos a la jurisprudencia, entendemos que es correcta la limitación de este derecho de información al socio y es que no es necesario proporcionar la información si el único fin es obstaculizar el funcionamiento del órgano de administración, solicitando información banal y específica de elementos que no tienen interés. En este sentido, no es motivo de impugnación que la información proporcionada sea incorrecta o insuficiente, es necesario para impugnar que el Tribunal valore dicha información como esencial para el ejercicio razonable por parte del socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación. Para ello, la información solicitada tendrá que corresponder a cuestiones vinculadas con asuntos del orden del día -y no sobre una diversa y completa documentación contable- (STS de 22 de mayo de 2002) y al que se le dota de una exclusiva función instrumental para el ejercicio del derecho de voto¹².

Asimismo, para satisfacer el derecho de información no es necesario que el socio quede convencido por la información que se le facilite, basta que se le informe razonablemente sobre los extremos interesados, lo que no es incompatible con la concisión o brevedad, y que la información no sea objetivamente falsa o sustancialmente inexacta o incompleta¹³. Del mismo modo la nueva regulación tras la Ley 31/14, de 3 de diciembre se moderan o atenúan las consecuencias derivadas de la infracción del derecho de información, el artículo 204.3 b) LSC prevé que no serán impugnables los acuerdos basada en la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 5447/2023, de 25 de julio).

Por todo ello, entendemos que, en el supuesto planteado, el órgano de administración no podría denegar el acceso a la información, sin perjuicio de que se limitara a informar sobre aquellos aspectos que resultaran esenciales para la toma de decisiones respecto al orden del día. Habría que ver qué temas van a tratarse en la Junta, pero en principio no

¹² RECALDE CASTELLS, A.: “Limitación del derecho de información”: Catedrático de Derecho Mercantil: Universidad Autónoma de Madrid Categoría: Revista 61 , Opinión Publicado: 25 Mayo 2015

¹³ FAUS, M. “Derechos del socio en una junta general de sociedad limitada”, Vlex

tendrán por qué ser temas relacionados con las ventas de determinados discos por la sociedad. En todo caso, aunque formaran parte de la formulación de cuentas anuales y la próxima junta tratara sobre eso, entenderemos que no es necesario que el órgano de administración traslade la documentación *ad hoc* con esas facturas concretas, sino el conjunto de documentos que conformen las cuentas anuales.

A diferencia de lo que ocurre en las S.A. en las S.L. no está recogido cuándo se deberá proceder a la contestación de la solicitud de información. En el caso de S.A. el órgano de administración tiene hasta el día de celebración de la Junta para facilitar la información; en el caso de que la información se solicite verbalmente en la misma junta, el órgano de administración dispondrá de los 7 días posteriores a la celebración de la Junta para facilitar esta por escrito. De acuerdo con el artículo 196 apartado 2 de la LSC, *“el órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social”*.

En este sentido entendemos que los datos que ha pedido D. Omar exceden de la información esencial para la toma de decisiones conforme a lo estipulado en el orden del día. De acuerdo con el apartado 3 del artículo 196 de la LSC no podrá denegarse la información en caso de que los solicitantes supongan al menos un 25% de la compañía, en este caso lo superan por lo que deberá trasladársele la información siempre que responda a elementos esenciales para la toma de decisiones conforme al Orden del Día.

Respecto a cómo debe proceder el órgano de administración a la denegación de entrega de información entendemos que la forma más común en estos casos es mediante correo certificado con acuse de recibo (Burofax) lo que permitirá tener constancia de que se ha entregado en plazo y del contenido transmitido de cara a defenderse ante futuras reclamaciones. Adjuntamos como **Anexo 1** un borrador de cómo podría ser el Burofax.

APARTADO 3

1. Distintas alternativas para que Summer Sound Barcelona S.L.U. deje de estar controlada al 100% por Summer Sound S.L.U y pase a estar controlada al 100%

por la Sociedad y pasos a seguir para liquidar Summer Sound S.L.U. asumiendo que no tiene deudas ni créditos pendientes.

(i) En primer lugar analizaremos las distintas alternativas para que Summer Sound Barcelona S.L.U. (SSB) deje de estar controlada al 100% por Summer Sound S.L.U. (SS) y pase a estar controlada al 100% por la Sociedad.

Partimos de la definición de control de una sociedad, la LSC en su definición de grupo de sociedades en su artículo 19 nos remite para definir el término control al artículo 42 del Código de Comercio, este artículo recoge una presunción de cuándo hay control de una sociedad en su apartado 1: “(...) una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores”. En este sentido, el artículo matiza, que se presume que se ha designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Además, este artículo aclara y entendemos que es el punto más relevante en este análisis que “A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.”

Teniendo en cuenta que SS tiene el 100% del control de SS y que la Sociedad que es la matriz tiene el 100% del control de SS, (porque tanto filial como subfilial son S.L.U.) si a los derechos de voto de la matriz (0) se le suman los que tiene a través de sociedades dependientes, en este caso SS el 100%, **la Sociedad va dispone del 100% del control de la subfilial**, aunque sea de manera indirecta. Así, sería posible que la Sociedad (matriz) como titular del 100% de las participaciones de SS estableciera como órgano de

administración de SS a quien quisiera con poderes de representación en SSB, por ejemplo, podría nombrar como órgano de administración de SS al órgano de administración de la Sociedad (matriz) y otorgarle poderes de representación para su derecho de voto en SSB, así podrá establecer el órgano de administración que quiera en SSB (incluso el mismo órgano de administración de la matriz y de SS), ostentando así el control entendido en los términos del artículo 42 del Código de Comercio.

Como entendemos que la cuestión planteada trata de obtener un control directo de la subfilial por la matriz, expondremos una serie de posibilidades para obtener un control directo:

a) Disolución de Summer Sound

La opción que consideramos más sencilla en este caso sería la disolución de SS, será necesario que se dé una de las causas de resolución de la ley o los estatutos de acuerdo con los artículos 362 y 363 de la LSC y una mayoría ordinaria de los votos de la junta general conforme al 364 de la LSC; o servirá con el mero acuerdo de la Junta General de acuerdo con el artículo 368 de la LSC, cumpliendo con los requisitos de la modificación de estatutos -como es titularidad al 100% de la Sociedad Matriz no será un problema-. A continuación, se procederá a la liquidación como analizaremos en el apartado (ii), pero el resultado será que, teniendo en cuenta que no hay deudas, se producirá el Acuerdo de disolución con el reparto del patrimonio entre los socios, en este caso siendo la matriz el socio único, el total del patrimonio de SS pasará a ser titularidad de la matriz, incluyendo las participaciones de SSB.

b) Compraventa de participaciones

La Sociedad matriz podría comprar las participaciones de la subfilial (SSB) a la filial (SS) pasando a ostentar la titularidad de estas y por tanto gozar de derecho de voto y capacidad de nombrar al órgano de administración. De acuerdo con el artículo 107 de la LSC *“Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos (...) en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente.”*

Esta decisión entendemos que es la que parece más sencilla, pero supondría una serie de gastos que no vemos necesarios, más aun teniendo en cuenta que se estarían generando

una serie de ingresos como contraprestación por las participaciones a SS que no resultarían de gran utilidad teniendo en cuenta que la idea es su posterior disolución y que el único socio de SS es la Sociedad Matriz.

Dentro de este escenario hay distintas posibilidades: que la sociedad matriz adquiriera el 100% de las participaciones de SSB, para ser socio único; que adquiriera simplemente más del 50%, para ser socio mayoritario; o que adquiriera una cantidad mínima de participaciones, e incluyamos un Pacto de Socios para para que SS ceda sus votos a la Sociedad (Matriz).

(c) Posibilidad de reparto de las participaciones de SSB como dividendos en especie de SS hacia su socio único la Sociedad (que es la matriz).

En este caso también se adquiriría el control siempre que supusiera una cantidad suficiente para suponer la mayoría de los derechos de voto, ya sea por el mero cambio de titularidad del total de las participaciones o de más del 50% o por un consiguiente Pacto de Socios con SS. Sin embargo, entendemos que cabría que las participaciones de SS que nos planteamos repartir como dividendos no cumplan con los requisitos para el reparto de dividendos, dado que tras el reparto de dividendos podría ocurrir que el patrimonio neto fuera inferior al capital social, por lo que en principio descartamos esta posibilidad.

(d) Fusión por absorción:

En este caso será de aplicación la normativa prevista para la absorción de sociedades participadas. Si la matriz absorbiera a SSB, no estaríamos ante un control como tal, sino que serían la misma sociedad; sí que tendría el control de SSB si la matriz absorbiera a SS.

De acuerdo con esto, para el procedimiento de absorción se podrá prescindir de trámites innecesarios del procedimiento por estar protegidos por intereses concurrentes, pero la Resolución de la (entonces denominada) DGRN de 1 de marzo de 2019, impone en cualquier caso la salvaguarda de los derechos de los socios, trabajadores y eventuales acreedores en el proceso.

En este caso concreto la sociedad absorbente sería titular de forma directa de todas las participaciones de la sociedad que se fusiona, por lo que no se exigirá ex artículo 53 del

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (RD 5/2023): “1.º La inclusión en el proyecto de fusión de las menciones relativas al tipo de canje de las acciones o participaciones, a las modalidades de entrega de las acciones o participaciones de la sociedad resultante a los socios de la sociedad o sociedades absorbidas, a la fecha de participación en las ganancias sociales de la sociedad resultante o a cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho o a la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante o a las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan. 2.º Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. 3.º El aumento de capital de la sociedad absorbente. 4.º La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.”

Además hemos de considerar que si el acuerdo de la absorbente se adopta por junta universal, que entendemos que así será por ser S.L.U., será de aplicación el artículo 9 del RD 5/2023 respecto a toda modificación estructural, en este sentido podrá adoptarse dicha absorción sin necesidad de publicar o depositar los documentos exigidos por la ley, aunque sí deberán incorporarse a la escritura de modificación estructural, y “*sin anuncio sobre la posibilidad de formular observaciones ni informe de los administradores sobre el proyecto de modificación, cuando se adopte por la sociedad o por cada una de las sociedades participantes en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho*”. Sin embargo, los derechos de información de los trabajadores sobre la modificación estructural no podrán ser restringidos por el hecho de que la modificación estructural sea aprobada en junta universal, incluido el informe de los administradores sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo.

(ii) Pasos a seguir para liquidar Summer Sound S.L.U. en caso de no presentar deudas.

En el apartado anterior (i) hemos previsto que la solución más sencilla sería disolver SS, la disolución podrá llevarse a cabo de manera simultánea con la liquidación cuando no existan deudas ni créditos pendientes, ni con la Administración ni con los acreedores.

Se procederá a convocar una junta de SS, aunque en este caso tratándose de socio único bastará con una toma de decisiones por su parte.

En el Acta de decisiones del Socio único se recogerá el nombramiento de los liquidadores, que, en caso de no haber previsión en estatutos al respecto, serán los mismos administradores los que se convertirán en liquidadores, ex artículo 376 de la LSC.

Las funciones de los liquidadores, de acuerdo con el artículo 375 de la LSC “*asumirán las funciones establecidas en esta ley, debiendo velar por la integridad del patrimonio social en tanto no sea liquidado y repartido entre los socios.*” De entre las funciones de los liquidadores destacamos: a) Formular un inventario y un balance de la sociedad en el día de disolución con un plazo de tres meses desde la apertura de la liquidación; b) Concluir las operaciones pendientes y las nuevas acorde a las necesidades de la liquidación; c) Cobrar los créditos y pagar las deudas sociales. d) Llevanza de la contabilidad y su conservación; e) Enajenar los bienes sociales; f) Informar a los socios y los acreedores del estado de la liquidación.; g) Sustitución de los liquidadores por exceso de duración de la liquidación; h) Establecer un balance final de liquidación; i) Dividir el patrimonio social; j) Derecho a la cuota de liquidación de los socios; k) Realizar el pago de la Cuota de Liquidación¹⁴.

De acuerdo con los puntos h) e i), se procederá al reparto del sobrante entre los socios, en este caso el socio único, la Sociedad. En el Balance de Liquidación Final, se reflejará el total de activo que le queda a la sociedad limitada y será aprobado por el Socio Único, de él surgirá la Cuota de Liquidación a abonar. Así, el acta de disolución y liquidación deberá legalizarse ante notario.

Sin embargo, la sociedad seguirá manteniendo personalidad jurídica hasta su extinción, la capacidad para ser parte de una sociedad en un proceso desaparece con su extinción, si bien, con la salvedad que implica el proceso de liquidación, durante el que mantiene su personalidad (STS penal 15-12-16). La última fase será la extinción, la constatación de que ha finalizado el plazo previsto para la impugnación del acuerdo que acepta el Balance de Liquidación Final, sin que haya cuestiones abiertas al respecto. La constatación del pago de las deudas a los acreedores o, en caso contrario, la consignación de los créditos

¹⁴ JUAN GINER, G. “*Cómo disolver y liquidar una sociedad*” Business review. Escuela de Negocios y Dirección. Universidad Europea Miguel de Cervantes, 5 de marzo de 2021.

pertinentes para hacerles frente. La constatación del abono de la cuota de liquidación correspondiente a cada socio¹⁵.

Con todos estos datos se inscribirá en el Registro Mercantil Provincial que corresponda el asiento de cancelación registral, siendo el último acto que aparezca en la hoja registral de la sociedad. En este momento, **la sociedad limitada se considera extinguida**. Y se solicitará la baja definitiva en Hacienda.

Incluimos en el **Anexo 2**, a modo de borrador, un Acta de Decisiones del Socio Único donde se declara la disolución y la liquidación de SS

2. La Sociedad pretende adquirir un porcentaje significativo de las acciones de una de las mayores empresas del sector, la sociedad BZRP HITS, S.A. (“Biza”), que cotiza desde hace años en el Ibex-35. Todo ello siguiendo las recomendaciones de D. Raúl (actual consejero delegado de la Sociedad), el cual tiene un 6% del capital social Biza directamente como inversión personal. Siendo Biza una cotizada, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de cualquier norma imperativa en relación con la adquisición.

a) Para ello le plantean diferentes escenarios, pero querrían conocer su opinión al respecto: (i) adquirir un 29,99% de las acciones de Biza; (ii) adquirir simplemente un 12% de Biza pero suscribir además un pacto de voto con otro de los socios, Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza; (iii) adquirir el 100% de las acciones de Biza para asegurarse de que no haya presencia de ningún socio minoritario que pudiera complicar la futura gestión de Biza.

Partimos de que de acuerdo con el artículo 4 apartado 1 del RD 1066/2007 así como con el 131 de la Ley de Mercado de Valores (“LMV”), se considera que una sociedad logra el control de una sociedad cotizada cuando, directa o indirectamente, alcanza un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%; o cualquier participación inferior al 30% de los derechos de voto, pero designa en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de la adquisición un número de consejeros que, unidos a los que en su caso ya hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. Cuando se alcanza el control es necesario que la compraventa de acciones se realice mediante OPA obligatoria.

¹⁵ LEFREBVRE, F. Memento Sociedades Mercantiles, 2024.

Para el cómputo de los derechos de voto hemos de atender al artículo 5 del RD 1066/2007, se calcula sobre la base de todas las acciones que llevan aparejados derechos de voto, incluso si se ha suspendido el ejercicio de estos. Se excluyen de la base de cómputo las acciones que, de acuerdo con la información disponible en la fecha de cómputo del porcentaje de derechos de voto, pertenecen, directa o indirectamente, a la propia sociedad afectada. Se atribuirán a una misma sociedad: los derechos de voto de un mismo grupo, los del órgano de administración de la persona o entidad de que se trate *-presunción iuris et de iure-*, los de las demás personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta o de forma concertada con ella, los derechos de voto de persona o entidad que pueda ejercer de manera libre y duradera en virtud de un poder conferido por los titulares de las acciones, en ausencia de instrucciones específicas sobre los mismos y los correspondientes a acciones poseídas por persona interpuesta, entendiéndose por tal al tercero a quien la persona obligada a formular la oferta deja total o parcialmente a cubierto de los riesgos inherentes a las adquisiciones o transmisiones o a la posesión de las acciones.

Esto nos lleva a que cualquiera de los tres escenarios planteados, supone un control de la sociedad y para estos casos se prevé la realización de una OPA obligatoria. En el caso (i) aunque pudiera parecer que no porque sólo tendrá un 29,99% de los derechos de voto, si atendemos a lo estipulado en el artículo 5 del RD 1066/2007 habrá que añadir los que posean sus consejeros, en este caso D. Raul que tiene un 6% superando así el 30%, y siendo una presunción que no admite prueba en contra no se podrá discutir. En lo que respecta al escenario (ii) adquirir el 12% de Biza pero suscribir un pacto de voto con Dña. Natalia Antillano, que ostenta un 28% de las acciones de Biza, en este caso también tendríamos control conforme al artículo 5 del RD 1066/2007. Por último, en lo que respecta al escenario (iii) adquirir el 100% de Biza no cabe duda de que es un supuesto de control. Como esto es así ya no será necesario analizar el caso en que se tenga el control pese no haber alcanzado el 30% de los derechos de voto, mediante la designación de más de la mitad de los consejeros de la sociedad en un plazo de veinticuatro meses siguientes a la fecha de designación.

Las OPAS por alcance de control se regulan en el RD 1066/2007, en su artículo 3, de acuerdo con el cual la persona o entidad que alcanza el control de una sociedad cotizada pasando a tener su control tiene la obligación de lanzar una OPA por la totalidad de los

valores de la sociedad afectada y a un precio equitativo. En función del medio a través del cual se adquiere el control en la sociedad cotizada, pueden distinguirse tres tipos de ofertas obligatorias: por adquisición, por concertación o indirecta. De acuerdo con el apartado 4 de este mismo artículo la oferta debe presentarse, como máximo en el plazo de un mes desde que se alcanza el control de la sociedad cotizada, o en caso de ser indirectas en el plazo de tres meses. No obstante, no será obligatoria la formulación de la oferta, cuando, dentro ese plazo se enajene por el obligado el número de acciones necesario para reducir el exceso de derechos de voto sobre el 30%, siempre que no se ejerzan los derechos políticos que excedan de dicho porcentaje, o se obtenga una dispensa de la CNMV.

Tras un análisis de los distintos medios de alcanzar el control de una sociedad cotizada, entendemos a que ninguno de los escenarios correspondería a una oferta pública indirecta o sobrevenida, sino que: los escenarios (i) y (ii) corresponderían a oferta pública por concertación y el escenario (iii) correspondería a oferta pública por adquisición.

a) La oferta pública por concertación viene recogida en los artículos 3.1.b) y 5.1. b) del RD 1066/2007. De acuerdo con estos preceptos, el control de la sociedad cotizada se adquiere mediante la actuación concertada, a través de pactos parasociales, entre titulares de valores de la sociedad de que se trate. En este sentido, se entendería que existe concierto cuando dos o más personas colaboran en virtud de un acuerdo, expreso o tácito, con el fin de obtener el control de la compañía afectada.

b) La oferta pública por adquisición, recogida en el artículo 3.1. a) del RD 1066/2007 prevé el control de la sociedad cotizada mediante la adquisición de acciones con derechos de voto en la sociedad afectada.

Sin embargo, existirá una dispensa de la obligación de formular una OPA obligatoria, de acuerdo con el artículo 4 apartado 2 del RD 1066/2007, la CNMV tiene la facultad de dispensar de la obligación de formular una OPA obligatoria si otra persona o entidad, tiene un porcentaje de voto igual o superior al que tiene aquél que está bajo la obligación de formular la oferta, la CNMV le dispensará de la obligación de formularla. Esto no ocurrirá en el escenario (iii) ya que será el único accionista. La sociedad afectada dispondrá de tres días hábiles para formular alegaciones ante la CNMV y esta dispondrá de un plazo de diez días hábiles a contar desde la solicitud para comunicar su decisión

motivada al interesado, a la sociedad afectada y para publicar su decisión en su página web¹⁶.

Destacar también que el artículo 8 del RD 1066/2007 prevé una serie de situaciones en que se producirá la exclusión de formulación de OPA obligatoria, aunque consideramos que no son aplicables a los escenarios planteados. En todo caso, podría tratarse del escenario (iii) si el control del 100% de las participaciones se hubiera alcanzado tras una oferta voluntaria por la totalidad de los valores, con oferta formulada a un precio equitativo o que haya sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 50% de los derechos de voto a los que se hubiera dirigido, excluyendo del cómputo los que ya obraran en poder del oferente y los que correspondan a accionistas que hubieran alcanzado algún acuerdo con el oferente relativo a la oferta.

La oferta debe dirigirse a todos los titulares de las acciones de la sociedad cotizada, incluidos los de acciones sin voto que, en el momento de solicitarse la autorización de la oferta, tengan derecho de voto de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente y, cuando existan, a todos los titulares de derechos de suscripción de acciones, así como a los titulares de obligaciones convertibles y canjeables en ellas. La regla general es que la OPA debe formularla la persona o entidad que, directa o indirectamente, ha alcanzado el control de la sociedad cotizada. El precio que ha de ofrecer conforme al artículo 9 del RD 1066/2007 no pueden formularse a cualquier precio, sino que deben necesariamente efectuarse a un precio o contraprestación no inferior al precio equitativo, se define precio equitativo como el más elevado que el oferente o personas que actúen concertadamente con él hubieran pagado o acordado por los mismos valores durante los doce meses previos al anuncio de la oferta. La CNMV puede modificar el precio equitativo calculado conforme a las reglas anteriores, cuando concurren determinadas circunstancias excepcionales.

La solicitud de autorización de la oferta se tendrá que realizar en el mes siguiente a haber adquirido el control de la sociedad. Se realizará mediante un modelo aprobado por la CNMV en la Circular 8/2008, acompañada de la documentación acreditativa del acuerdo o decisión de promover la OPA y el folleto explicativo de la oferta suscrito por la persona que figure como responsable en todas sus hojas. En siete días siguientes se han de aportar

¹⁶ LEFREBVRE, F. Memento Sociedades Mercantiles, 2024. “OPAS Obligatorias”.

todos los documentos acreditativos. La CNMV revisa la solicitud de autorización y documentación presentada y declara en su caso su admisión a trámite en un plazo que no excede de siete días hábiles desde que se complete la documentación.

De acuerdo con el artículo 22 del RD 1066/2007, el oferente debe difundir de manera pública y general la oferta en el plazo máximo de cinco días hábiles desde que se la notificación de autorización de la CNMV. Mediante su anuncio en el Boletín de Cotización del IBEX y de todas ellas si están integrados en el Sistema de Interconexión Bursátil Español y como mínimo, en un periódico de difusión nacional. El folleto informativo conforme al artículo 18 del RD 1066/2007 ha de presentar, de forma fácilmente analizable y comprensible, toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación. La CNMV tiene el carácter de autoridad competente para aprobar dichos folletos.

El artículo 23 del RD 1066/2007 fija un plazo para la aceptación de la oferta, no pudiendo ser de inferior a 15 días naturales ni superior 70 a partir del primer día hábil bursátil siguiente de la fecha de publicación del primer anuncio de la oferta por el oferente. Aunque la CNMV puede ampliar el plazo de aceptación: cuando se publique un suplemento al folleto o de forma motivada en los demás casos en que pueda resultar necesario, basándose en el buen fin de la oferta y la debida protección de sus destinatarios. Mientras que el artículo 24 del RD 1066/2007 fija que en el plazo máximo de diez días naturales a partir de la fecha de inicio del plazo de aceptación de la oferta, el órgano de administración de la sociedad afectada deberá redactar un informe detallado y motivado sobre la OPA y los órganos de administración o dirección de la sociedad afectada y del oferente deben informar a los representantes de sus respectivos trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores.

De acuerdo con el artículo 37 del RD 1066/2007 las sociedades rectoras o que actúen por cuenta del oferente deben comunicar a la CNMV, en el plazo de cinco días hábiles desde la finalización del plazo de aceptación, el número total de valores comprendidos en las declaraciones de aceptación presentadas. Las Sociedades Rectoras publican dicho resultado en el boletín de cotización correspondiente a la sesión bursátil en la que reciben

la comunicación. Una vez publicado el resultado, en el caso de que la oferta hubiera alcanzado un resultado positivo, se procede a la liquidación de la oferta¹⁷..

b) Además, la Sociedad está preocupada por la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia con causa en una posible concentración provocada por la suma de los activos y ventas de la Sociedad y Biza, solicitando igualmente su asesoramiento en este sentido.

La compraventa de participaciones podrá generar la aplicación de la normativa de defensa de la competencia en materia de control de concentraciones. El procedimiento de control de concentraciones tiene impacto en las operaciones de fusiones y adquisiciones (M&A) ya que afectará directamente a la estructura del contrato, condicionará el calendario del cierre de la operación -con efecto temporal y posible imposición de condición suspensiva- y porque las autoridades pueden imponer sanciones graves. En este sentido, no todas las operaciones de concentración están sujetas al control de la UE o de la CNMC. Además, el régimen europeo y español se excluyen, si hay que notificar a la comisión europea ya no hay que notificar en España. Se prevé un mecanismo de reenvío: una autoridad de la competencia de nivel nacional puede solicitar a la comisión que le reenvíe un asunto por afectar mucho a su mercado y viceversa.

Los umbrales para la aplicación del control de concentraciones por la UE vienen recogidos en los artículos 1 y 2 del REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (RCC) entendiéndose que una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: “*a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.*” Además en caso de no alcanzar tales umbrales, también entenderá que tiene dimensión comunitaria cuando “*a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500*

¹⁷ CNMV, “Guía del accionista de una sociedad cotizada”
https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/G09_guiaaccionista.pdf

millones de euros; b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.”

La normativa en materia de defensa de la competencia en España viene recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). En concreto, el artículo 8 de la LDC prevé el ámbito de aplicación de la normativa, entendiéndose que el procedimiento de control previsto en la LDC se aplicará a las concentraciones económicas cuando se de al menos una de las dos circunstancias siguientes: “a) *Que como consecuencia de la concentración se adquiriera 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 dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.”*

Asimismo matiza para el supuesto a) que quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. Sin embargo, también prevé que las obligaciones previstas en la LDC no afectan a aquellas concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, salvo que la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento.

En este sentido, nos faltan datos para conocer si con la adquisición de Biza se estaría dentro del ámbito de aplicación de la LDC o del RCC, pero en cualquier caso tratándose de una de las empresas más grandes del sector estará sometida al control de concentraciones por una u otra autoridad.

(i) En el caso de tener que notificar a las autoridades europeas, el procedimiento seguirá los siguientes plazos: Fase I regla general 25 días laborables, si fuera con compromisos 35 días laborables; Fase II por regla general 90 días, y si es con compromisos 105 días laborables. Mientras que si se realizara en fase II con ampliación de plazo se podría ampliar hasta 20 días laborables, 125 días laborables.

(ii) En el caso de tener que notificar a las autoridades españolas, el procedimiento de control en estos casos se realizará conforme a las normas previstas en el capítulo III del título IV de la LDC. Tiene obligación de notificar el comprador de la compañía. La CNMC es el órgano encargado de responder en España, y tomará una decisión en el plazo de un mes Fase I regla general; si incluye compromisos 1 mes y 15 días, si es regla general de Fase II 2 meses y con compromisos 2 meses y 15 días, si es necesaria la intervención del consejo de ministros 15 días más. La mayoría de las operaciones de concentración son pro competitivas: la mayoría se aprueban en primera fase sin compromiso. Sólo hay algunas, que sí que pueden ser problemáticas y ver cómo se solucionan. El gobierno puede interferir cuando al final de la segunda fase, la CNMC haya adoptado la decisión de prohibir la operación o someterla a compromisos y sólo podrá basarse en motivos de interés legal.

Los criterios que utilizan la CNMC como las Autoridades Europeas, en este caso la Comisión Europea son: la estructura de los mercados, la competencia real de empresas nacionales o extranjeras, la posición de las partes en los mercados, la posibilidad de dar elección a proveedores y consumidores, la evolución de oferta y demanda, poder de negociación de la demanda, eficiencias económicas y la existencia o no de barreras de entrada. Realizarán un test de prohibición de concentración, sobre si se produce una disminución significativa de la competencia en el mercado.

Las posibles respuestas de las autoridades serán: a) Autorización incondicional, no susceptible de perjudicar la competencia; b) la autorización con condiciones con obligaciones de hacer a las partes; prohibición. La concentración es susceptible de crear problemas insalvables de competencia por lo que se prohíbe su ejecución. Para tomar la decisión valorará el volumen de negocios y la cuota de mercado, así como la competencia potencial, la situación macro, el valor de la operación, la estructura de la demanda y el tipo y tamaño del mercado y las barreras de entrada al mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J. “El sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros”, Almacén de Derecho (2017)

Alfaro Jesus (2021) “*La compraventa de empresas (iii): Contenido típico de un contrato de compraventa de empresa (SPA sale-purchase agreement)*”, Almacén de Derecho.

CNMV, “*Guía del accionista de una sociedad cotizada*”
https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/G09_guiaaccionista.pdf

FAUS, M. “*Derechos del socio en una junta general de sociedad limitada*”, Vlex

JUAN GINER, G. “*Cómo disolver y liquidar una sociedad*” Business review. Escuela de Negocios y Dirección. Universidad Europea Miguel de Cervantes, 5 de marzo de 2021. Lefebvre EDC 2007/152262 Comentarios Cuestiones generales.

LEFREBVRE, F. Memento Sociedades Mercantiles, 2024.

Pérez Iglesias, J. M. y Sánchez Iniesta, G. (2020). “*Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV)*”. Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 443, 193-260.

RECALDE CASTELLS, A.: “*Limitación del derecho de información*”: Catedrático de Derecho Mercantil: Universidad Autónoma de Madrid Categoría: Revista 61 , Opinión Publicado: 25 Mayo 2015

Woodruff-Sawyer & Co., “*Guide to representations & warranties insurance*”, 2023

NORMATIVA ANALIZADA:

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Circular 8/2008: Circular 8/2008, de 10 de diciembre, de la CNMV por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

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

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

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

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

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

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

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

REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas.

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

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

ANEXO 1: BUROFAX

Madrid, a [*] de 2023
D Omar
Calle [*]
28008-Madrid
Re.: Solicitud de información

Estimado accionista:

Me dirijo a Usted en referencia a su solicitud de información de fecha [*] (en adelante, su “Solicitud”), remitida mediante burofax al domicilio social de la mercantil [*] (la “Sociedad”) en fecha [*], en relación con la solicitud de información relativa a determinados asuntos del orden del día de la próxima Junta General Ordinaria de la Sociedad, convocada para el día [*]

Tras analizar en detalle su solicitud de información, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 93.d), 197 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), procedemos a dar respuesta a la misma:

Tal como se ha señalado en ocasiones anteriores durante sus solicitudes de información previas, muchas de sus peticiones carecen de la precisión necesaria y resultan demasiado amplias. Estas solicitudes exceden considerablemente los límites del derecho de información otorgado a los accionistas. El derecho de información está sujeto a restricciones para prevenir su abuso y utilización contraproducente. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, el ejercicio adecuado del derecho de información implica la solicitud de información específica. En el caso concreto de su solicitud, al igual que en anteriores ocasiones, estas restricciones se ven claramente superadas. Por lo tanto, lamentablemente, no podemos cumplir íntegramente con su solicitud, remitiéndole sólo aquella documentación esencial para la votación de los asuntos recogidos en el orden del día.

El Tribunal Supremo considera que solicitudes de información indiscriminadas y excesivas constituyen un abuso del derecho, en consonancia con el artículo 7 apartado 2 del Código Civil que aborda el abuso del derecho y su uso antisocial. La forma en que

usted está solicitando información sugiere que su única intención es obstaculizar o entorpecer el funcionamiento adecuado de la Sociedad. Esto se evidencia al requerir información en exceso, que no responde a una verdadera necesidad de comprender la situación de la Sociedad. Por todas estas razones, su solicitud de información, al igual que las anteriores, sigue siendo desproporcionada en relación con muchos de los asuntos a los que hace referencia, y su cumplimiento sería más allá de lo que la estructura administrativa de la Sociedad puede afrontar. Esto causaría un perjuicio directo a la Sociedad y significaría la priorización de sus intereses personales sobre los intereses sociales que el Consejo de Administración, que firma esta comunicación, está comprometido a proteger.

Dicho esto, procederemos a abordar el requerimiento de información que ha incluido en su solicitud: Información detallada en profundidad sobre las ventas de varios discos lanzados por la Sociedad en 2023.

Como sabe, tiene a su disposición las copias de las cuentas anuales y el informe de gestión del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2022, en cualquier caso, se las anexamos al siguiente burofax para que pueda revisarlas a su conveniencia. En cuanto a la información concreta que solicita, es decir, las ventas de los discos que menciona en su solicitud, ponemos de manifiesto la improcedencia de la solicitud de información reiterando las consideraciones ya expuestas en relación con la vaguedad y amplitud de la información solicitada, que no guarda relación con el orden del día previsto para la próxima Junta y a que la única finalidad de esta es la obstrucción del órgano de Administración.

Esperamos que, en virtud de las aclaraciones incluidas en el presente escrito, comprenda por qué no procede acceder a parte de las solicitudes incluidas en su Solicitud.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

El Consejo de Administración de LATINO GANG INC

ANEXO 2:

ACTA DE DECISIONES DE SOCIO ÚNICO DE LA SOCIEDAD “SUMMER SOUND S.L.U.”

En la ciudad de Madrid, el día 31 de diciembre de 2.023, se reúne, en el domicilio social de la Entidad “**SUMMER SOUND, S.L. Unipersonal**” (la “**Sociedad**”), sito en la calle Quintana, 0, 0 de la localidad de Madrid, el socio único, al estar presente la totalidad del capital social, integrada por quien suscribe el presente documento, Doña María Castellano, con N.I.E. Z00000000, como representante de “Producciones Gasolina, S.L.”, concurriendo en su haber la titularidad del cien por cien del capital social de la misma.

El número total de socios presentes es de uno, que representa el cien por cien del capital social. Asimismo, se halla presente el órgano de administración de la Sociedad, integrado por un Administrador Único, Don Mario Torrens. Quedando así, válidamente constituida la Junta, cuyas funciones propias son ejercidas por mí, en mi condición de socio único, conforme a lo establecido en el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades del Capital (“LSC”). El presente documento deja constancia de las siguientes

DECISIONES

Primero.- Proceder a la disolución Sociedad debido a las pérdidas que presenta.

De acuerdo con los artículos 15 y 368 de la LSC, la sociedad se disolverá por voluntad unilateral del socio único.

Interesa dejar constancia, asimismo, que la disolución de la sociedad no supone su extinción. Así, su personalidad jurídica no se extingue hasta no haber finalizado su liquidación

Segundo.- Liquidación de la Sociedad.

Una vez declarada la liquidación se interrumpirá la vida comercial de la sociedad, no pudiendo celebrar nuevos contratos y obligaciones.

No reflejando los Estatutos nada respecto a sus funciones, los liquidadores que se elijan habrán de ser los gestores y representantes de la sociedad en liquidación, cuyas funciones vendrán dadas por:

- 1.- Representar a la sociedad.
- 2.- Concertar transacciones y compromisos conforme a los intereses sociales.
- 3.- Realizar operaciones pendientes.
- 4.- Suscribir el inventario y el balance de la sociedad al tiempo de comenzar sus funciones.
- 5.- Pagar a los acreedores y a los socios, ateniéndose a las normas establecidas en la Ley.

Deberán, trasladar al Socio Único un informe mensual sobre el estado de la liquidación y al final de aquella, deberán realizar otro balance en el que quede reflejado el remanente final.

Tercero.- Nombramiento de liquidador.

En cuanto al nombramiento de los liquidadores, habrá de observarse lo establecido en los Estatutos de la Sociedad en ausencia de previsión en los estatutos será de aplicación el artículo 376 de la LSC por la que el administrador pasará a ser liquidador y ostentarán el poder de representación de la sociedad mientras mantengan su cargo de acuerdo con el 379 LSC, en el que se mantendrán por tiempo indefinido al amparo del artículo 378. Por lo tanto, queda nombrado como liquidador de la Sociedad:

Don Mario Torrens, de nacionalidad española, con DNI 99999999Z con domicilio en Calle Alberto Aguilera, 0.

Queda, advertido que, como liquidador de la sociedad, responderá ante Producciones Gasolina, S.L. y como socio único ante los acreedores de cualquier perjuicio causado por fraude o negligencia en el desempeño de sus funciones. D. Mario presente, acepta el cargo, y en señal de conformidad firma a continuación:



Fdo. D. Mario Torrens

Cuarto.- Delegación de facultades

Queda facultado Don Mario Torrens (Administrador de la Sociedad) para comparecer ante el Ilustre Notario que considere más conveniente, a fin de elevar a escritura pública el acuerdo de disolución, debiendo contener el nombramiento de los liquidadores y para su inscripción en el Registro Mercantil.

Asimismo, deberán ordenar su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el diario de mayor difusión de la provincia.

Quinto.- Elaboración del Acta

El presente acuerdo ha sido adoptado por mí, Doña María Castellano como representante del socio único de la mercantil “SUMMER SOUND, S.L. Unipersonal”.

MCastellano.

Producciones Gasolina, S.L.
Fdo. María Castellano