
TRABAJO FIN DE MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA Y A LA PROCURA ICADE

Por: Enrique Álvarez de la Gala Abellán
Tutora: Covadonga Garralda Cancer

Especialidad: Empresa

Grupo C



Índice

Introducción	2
Parte 1. Consulta realizada por Atlas Capital	3
PROCESO SANCIONADOR CON LA CNMC	3
REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA	10
PROCEDIMIENTO JUDICIAL CONTRA GENERALI SEGUROS	19
CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA.....	27
NOTIFICACIÓN A LA CNMC	30
Parte 2, Consulta realizada por Estrella del Mar, S.A.	35
ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES DE OCEANSHIP, S.A.	35
FUSIÓN ENTRE OCEANSHIP Y ESTRELLA DEL MAR	39
PACTO DE SOCIOS ENTRE LAS FAMILIAS MACHADO AZCONA	46
Parte 3. Reparto de dividendos por “Scrip Dividend”	49
APLICACIÓN DEL “SCRIP DIVIDEND”	49
CARTA DE LA FAMILIA AZCONA.....	56
Legislación	58
Jurisprudencia	58
Resoluciones y comunicaciones	59
Bibliografía	59

Introducción

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene por objetivo responder a las diferentes cuestiones planteadas de forma jurídica.

Para ello, se ha establecido la división en tres partes, Parte 1; Parte 2 y Parte 3, y al mismo tiempo estas se encuentran subdivididas en diferentes apartados con el objetivo de tratar cuestiones concretas, terminando cada una de estas en una conclusión que busca reflejar los elementos más significativos de cada apartado.

La Parte 1, se conforma de cinco cuestiones, enfocadas a responder lo planteado por Atlas Capital en torno a la operación de fusión entre Andalusia Harbors y Estrella Gestión de Puertos.

La Parte 2, se enfoca en las tres consultas planteadas por Estrella de Mar para realizar la compra de acciones o la fusión con OceanShip, además del conflicto que surge con el Pacto de Socios entre la Familia Machado y la Familia Azcona.

La Parte 3, consiste en la explicación de la aplicación de un “*Scrip Dividend*” y el problema planteado por la Familia Azcona.

Para la realización del análisis, se hará uso de la legislación nacional e internacional que aplique en cada caso; la jurisprudencia y la doctrina que resulte de interés en cada situación.

Parte 1. Consulta realizada por Atlas Capital

Respecto a las diferentes consultas realizadas en torno a la fusión entre Andalusia Harbors S.L. y Gestión de Puertos S.L. procedemos a desarrollar las diferentes cuestiones planteadas:

PROCESO SANCIONADOR CON LA CNMC

En cuanto a la consulta realizada acerca del procedimiento sancionador abierto por la Comisión Nacional de Mercado y Competencia (en adelante, “CNMC”) el cual se produce debido a que el jefe de división de Estrella de Mar se reunió con los jefes de otras cuatro compañías para repartir las diferentes subastas disponibles, y que afecta a la concesión del puerto de Santander se produce una conducta colusoria.

Dicha conducta colusoria se ve reflejada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “Ley de Defensa de la Competencia”) en su artículo 1.1,

Artículo 1. Ley de Defensa de la Competencia

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

Es una conducta en la cual mediante un acuerdo se reparten el mercado disponible, y concretamente lo llevan a cabo en forma de cartel que como define la Disposición adicional cuarta en su punto segundo de esta misma ley, se considera cartel al producirse un acuerdo entre dos o más competidores para coordinar su comportamiento en el mercado, concretamente a en que concesiones participar y en cuáles no.

Se considera una conducta contra la competencia debido a que les posiciona a cada una de las empresas que se reunieron en una posición de superioridad, en la que ya tienen el conocimiento de cuanto pueden llegar a invertir y ofrecer midiendo los máximos y mínimos que le van a hacer competitivos sin arriesgar ofrecer una oferta mayor de la que necesitan.

Obviamente, esto coloca al resto de compañías en una posición de inferioridad, rompiendo la competitividad del mercado e influyendo de tal forma que la elección mediante la que se otorga la concesión ya no parte de los términos objetivos de precio, eficacia o calidad de servicio, sino que obedece a la capacidad de las cinco empresas que se reunieron para repartir el mercado eliminando así la libre competencia.

Por lo que definitivamente sí que se está produciendo una conducta colusoria de reparto de mercado, en concreto al producirse con objetivo de obtener concesiones mediante subasta pública, hace que tenga la especificidad de ser una conducta colusoria de “*bid rigging*”, producida debido a que el reparto de mercado sucede mediante la manipulación de licitaciones entre uno o más licitadores, concretamente se produce mediante ofertas comunes para eliminar la competencia de precios; presentar ofertas que serán directamente descartadas; o dividirse los beneficios entre los comitentes de esta actividad, entre otras formas.

Este comportamiento conlleva unas infracciones, las cuales están acompañadas de sus respectivas sanciones.

Específicamente, se comete una infracción muy grave del artículo 62.4 de la Ley de Defensa de la Competencia

Artículo 62. Ley de Defensa de la Competencia

“4. Son infracciones muy graves:

- a) El desarrollo de conductas tipificadas en el artículo 1 de esta ley y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de esta ley y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”

La Sanción, se encuentra enmarcada en el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, y establece:

Artículo 63. Ley de Defensa de la Competencia

“c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa

(...)

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1, las infracciones tipificadas en la presente ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.*
- b) Las infracciones graves con multa de 500.001 hasta 10 millones de euros.*
- c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.”*

Se tendrá en cuenta no solo a Estrella del Mar Gestión de Puertos, sino al grupo de empresas completo para la imposición de la sanción y en caso de que el volumen de negocio no sea delimitado, la multa sobrepasará los diez millones de euros.

Además, como refleja el punto 2 de este mismo artículo, se podrá sancionar con sesenta mil euros a los representantes legales u órganos de administración.

Artículo 62. Ley de Defensa de la Competencia

“2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta.”

Aparte de la multa sancionadora, se podrá imponer multas coercitivas de hasta un cinco por ciento del volumen de negocios total mundial medio diario durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha fijada en el previo requerimiento, con el fin de obligarlas a cesar de sus actuaciones, y en concreto a restablecer la situación al momento anterior al que se fracturó la debida competencia.

Artículo 67. Ley de Defensa de la Competencia

“(…)

a) A cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la ley.

b) A deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la ley.

c) A la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia.

d) Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o en los acuerdos de Consejo de ministros según lo previsto en la presente ley.

(…)”

Atendiendo a lo expresado podría significar la pérdida de la concesión del puerto de Santander, ya que los efectos provocados por la actuación restrictiva de la competencia equivalen a la obtención de la concesión.

Además, que se ha de tener en cuenta el daño reputacional que se producirá debido a la obligación de publicidad de la sanción expresada en el artículo 69,

Artículo 69. Ley de Defensa de la Competencia

“Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.”

Por otro lado, habiendo analizado los daños que puede generar el proceso abierto con la CNMC, hay que tener en cuenta que, al haber cometido una infracción de derecho de la competencia, también se es responsable de los daños que hayan podido causarse mediante la comisión de la actividad colusoria, lo que genera un derecho de pleno resarcimiento para los damnificados, mediante el cual estos tienen derecho a reclamar el pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil, por lo que existe la posibilidad de la aparición de procesos posteriores tras la determinación de la comisión de la conducta colusoria.

Como indica el artículo 72 de la Ley de Defensa de la Competencia, el pleno resarcimiento consiste en la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante sufrido por los damnificados, más los intereses que procedan, excluyendo eso sí, una sobrecompensación mediante indemnizaciones punitivas o de algún tipo.

Ha de tenerse en cuenta, como refleja el artículo 61.1, que no solo son infractores quienes cometen la infracción, sino también puede achacarse a sus sucesores legales o económicos, por lo que es conveniente establecer medidas para que no pueda afectar a Andalusia Harbors tras la fusión.

Por último, pasando a analizar las posibles consecuencias de haber manipulado una subasta pública hay que acudir al ámbito de la contratación pública y al ámbito penal.

Con respecto al ámbito de la contratación pública, ha de acudirse a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, “**Ley de Contratos del Sector Público**”) que expresa en su artículo 1 el principio de igualdad y transparencia de los procedimientos salvaguardando la libre competencia:

Artículo 1. Ley de Contratos del Sector Público

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer. la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

Teniendo en cuenta que efectivamente se ha dañado la libre competencia, el artículo 71.1.b) prohíbe la contratación de empresas sancionadas por falseamiento de la competencia, siendo la duración y el alcance de dicha prohibición determinada en la resolución de sus expedientes sancionadores o por la ministra de Hacienda.

Artículo 71.1 Ley de Contratos del Sector Público

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia.

Con respecto al ámbito penal, el artículo 262 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, “**Código Penal**”) establece las consecuencias por alterar concursos o subastas públicas.

Artículo 262 Código Penal

“1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública ; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio ; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.”

Estableciendo penas de prisión de uno a tres años y multas de 12 a 24 meses, además de la inhabilitación de contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

Habiendo analizado las posibles contingencias, se recomienda que se lleven a cabo las siguientes acciones para proteger el contrato de compraventa:

- Establecer una cláusula de indemnidad mediante la cual se establezca que la Parte Vendedora tiene la total responsabilidad de las consecuencias que pudieran surgir con respecto al procedimiento abierto por la CNMC, además de que serán estos quienes tendrán la responsabilidad sobre los procedimientos civiles que pudieran surgir en relación con el derecho de pleno resarcimiento.
- Establecer declaraciones y garantías que aseguren que este procedimiento es el único que se está llevando a cabo.
- Llevar a cabo una retención del precio o “*scrow*” mediante el cual se lleve a cabo una retención un porcentaje del precio de la compraventa de tal forma que se pueda asegurar que la Parte Compradora no carga con los costos del procedimiento.
- Plantear una revisión del precio en el caso de que se perdiese la concesión del puerto de Santander.

- Establecer una cláusula de Material Adverse Change (MAC) mediante la cual ante situaciones que afecten a la operación, en este caso el proceso con la CNMC pueda llegar a resolverse el contrato como podría ser la prohibición de contratar con la administración pública de Estrella Gestión de Puertos.

CONCLUSIÓN

El proceso abierto con la CNMC por comisión de conducta colusoria por reparto del mercado, concretamente por “*bid rigging*” es considerado una falta muy grave, no solo sancionada con multas de más de diez millones de euros, sino con la pérdida de la propia concesión y la posibilidad de participar en futuras concesiones, además de generarse la posibilidad de que aparezcan más procesos por compensación a los damnificados.

Todo esto sumado a las posibles consecuencias penales y reputacionales, se recomienda establecer medidas como las mencionadas cláusula MAC y cláusula de indemnidad ante los posibles riesgos.

REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA

Respecto a la consulta que se ha realizado acerca de la estructura societaria con el objetivo de realizar una reorganización mediante la cual la totalidad de la actividad de gestión de puertos se encuentre en Estrella Gestión de Puertos la cual se encuentra en este momento de la siguiente manera:

- La titularidad de las Concesiones de la gestión de los puertos de Ferrol; y Santander pertenece a Estrella Gestión de Puertos S.L.U.
- La titularidad de la Concesión de la gestión del puerto de Bilbao pertenece a Estrella del Mar S.A.
- La titularidad de la Concesión de la gestión del puerto de Casablanca pertenece a Estrella Marruecos S.L.U.

Antes de comenzar con la reestructuración, habría que establecer la posibilidad de llevar a cabo la transmisión de la concesión.

Para las concesiones situadas en territorio español, se ha de acudir al Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la

Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, “**Ley de Puertos**”), establece en su artículo 92,

Artículo 92. Ley de Puertos.

2. Previa autorización de la Autoridad Portuaria, las concesiones podrán transmitirse por actos inter vivos, subrogándose el nuevo titular en los derechos y obligaciones derivados de la concesión. La Autoridad Portuaria podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto en el plazo de tres meses. Dicho plazo se computará, en el primer caso, desde la notificación por el concesionario de las condiciones en que va a proceder a transmitir la concesión, entre las que necesariamente habrán de reflejarse las relativas al precio y formas de pago. Y, en el caso del retracto, desde que tenga conocimiento expreso la Autoridad Portuaria.

3. Para que la Autoridad Portuaria autorice la transmisión de una concesión se deberán cumplir, al menos, las siguientes condiciones:

a) *Que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión.*

b) *Que el nuevo titular reúna los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad o prestación del servicio objeto de la concesión.*

c) *Que, desde su fecha de otorgamiento, haya transcurrido, al menos, un plazo de dos años. Excepcionalmente, la Autoridad Portuaria podrá autorizar su transmisión antes de que transcurra dicho plazo, siempre que se hayan ejecutado al menos un 50 por ciento de las obras que, en su caso, hayan sido aprobadas.*

d) *Que no se originen situaciones de dominio del mercado susceptibles de afectar a la libre competencia dentro del puerto, en la prestación de los servicios portuarios o en las actividades y servicios comerciales directamente relacionados con la actividad portuaria, de acuerdo con lo establecido en el apartado 4.*

Por lo expuesto en el artículo, sí que es posible la transmisión de las concesiones siempre que se lleve a cabo una autorización previa de la autoridad portuaria y cumpliendo como mínimo los requisitos:

- El concesionario se encuentre al corriente de sus obligaciones
- En nuevo titular cumpla con los requisitos necesarios establecidos
- Hayan transcurrido dos años desde el otorgamiento
- No se creen situaciones que afecten a la libre competencia del puerto.

Mientras que esto no aplica a la concesión del puerto de Casablanca, debido a que es una concesión de Marruecos. Esto podría llegar a producir algún conflicto debido a las diferencias en la legislación que pudiese llegar a tener Marruecos, pero teniendo en cuenta el cambio de visión que están teniendo con respecto de su estrategia portuaria para 2030 con la implantación de la Ley 15-02, mediante la que han establecido un aperturismo que busca abandonar el monopolio del estado en la gestión portuaria y permitir la entrada del sector privado mediante un régimen de concesiones que afecta concretamente a la gestión del puertos, la explotación de terminales, de muelles e infraestructuras pública, y servicios de manipulación de mercancías, con concesiones de aproximadamente 30 años se puede esperar que sí que sea posible la transmisión de la concesión a otra empresa que lleva a cabo una actividad similar.

Partiendo de este punto, según ha solicitado la Parte Vendedora hay que evitar que la reestructuración lleve a cabo cualquier tipo de compraventa intragrupo.

Primeramente, las Concesiones de los puertos de Ferrol y Santander ya se encuentran en la sociedad Target, por lo que no habría que realizar ningún tipo de modificación sobre estas.

Segundo, para la transmisión de la concesión de Bilbao contemplamos la posibilidad de aplicar una segregación parcial o llevar a cabo la transmisión mediante la Aportación a la Cuenta 118.

La segregación parcial, reflejada en el artículo 61 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante, “**RD 5/2023**”) establece

Artículo 61. RD 5/2023

“Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.”

Partiendo de esta definición, se puede identificar una problemática en el momento de definir qué se entiende por unidad económica como se puede ver en la Sentencia 796/2012 del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2013 (Rec. 1573/2010) establece:

“A priori, y con carácter general, resulta difícil precisar qué debe entenderse por “unidad económica”, pues no necesariamente debería tener, previamente, vida propia, ni tiene porque coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, de modo que podría ser meramente funcional.”

Partiendo de esta base y que en los diferentes apartados del régimen legal tampoco establecen un tratamiento ecuánime a dicho concepto, podríamos considerar que, en este caso, la unidad económica sea aquello que formar una propia actividad enfocada en la gestión del puerto de Bilbao, contando con el contrato de arrendamiento con Barcos Antón, S.L.

Respecto al contrato firmado con Barcos Antón, S.L., habría que revisar la posibilidad de extinguir el contrato si no se quiere continuar trabajado con ellos y en el caso de querer continuar, revisar el contrato establecido comprobar si existe algún tipo de problemática en el momento de que se produzca un cambio de titularidad en el contrato.

Teniendo en cuenta este método, procederemos a segregar la unidad económica a Estrella Gestión de Puestos, la segregación, establece como “intercambio” por la unidad económica el valor de esta en participaciones, el cual no ya que al encontrarse la Estrella Gestión de Puertos participada al cien por cien por Estrella del Mar no sería necesaria la transmisión de las mismas, ya que estas pertenecen de facto a esta.

Como elemento beneficioso, existe la opción de llevar a cabo un proceso simplificado de la operación de modificación estructural.

Si se acepta la segregación como método se procedería con el proyecto de esta, y sería necesario como indica el RD 5/2023 en sus artículos del 4 al 11.

Realizar un proyecto de modificación estructural, formado por el informe del órgano de administración; un informe de experto independiente; realizar la necesaria publicidad antes de la celebración de la Junta General y la posterior además de la inscripción en el Registro Mercantil de esta.

Como se ha mencionado, al encontrarse totalmente participada Estrella Gestión de Puertos S.L.U. por Estrella del Mar, S.A., se podrá aplicar un proceso más simplificado, mediante el cual no es necesaria la emisión de nuevas participaciones, simplificando así el procedimiento de canje; además tampoco será necesario el informe de administradores o el del especialista independiente.

La problemática principal que envuelve la segregación es que, aunque se pueda realizar un método simplificado, sigue sin ser la forma más breve de todas, pudiendo considerarse como extenso el tiempo en el que se terminaría realizando la operación.

Por esto, el otro método mediante el que podría llevarse a cabo la reestructuración y que simplificará el proceso, sería llevar a cabo una aportación a la cuenta 118 del Plan General Contable (en adelante, “**Aportación a la cuenta 118**”), también llamada Aportación de Socio.

La Aportación a la cuenta 118 consiste en un “*negocio jurídico traslativo del dominio por virtud del cual uno o varios socios aportan dinero, bienes o derechos a los fondos propios de una sociedad sin contraprestación*”.

Esto permite llevar a cabo aportaciones de capital a las sociedades mercantiles (en este caso se realizaría la aportación a Estrella Gestión de Puertos, S.L.U.) de una forma más rápida y sencilla, evitando así la problemática temporal que puede generar la segregación.

Como primer elemento a destacar, encontramos que la Aportación a la cuenta 118, se encuentra escasamente legislada, reduciéndose a lo indicado en lo previsto en el Plan General Contable, concretamente en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que desarrolló la Ley 16/2007 de 4 de julio, en el cual se establece que la cuenta 118 recoge una determinada clase de aportación de fondos propios a las sociedades, que figuran en

el subgrupo 11, el cual se establece para «Reservas y otros instrumentos de Patrimonio» del PGC, estableciendo estas en el Patrimonio Neto dentro del balance de la sociedad.

Esto permite que se diferencie de otras aportaciones que pueden realizar los socios, como los préstamos o los créditos subordinados, ya que, como primera clave diferenciadora, al ser una aportación de fondos propios vendrá estos vienen acompañados de una obligación devolutoria (a diferencia de la aportación a la cuenta 118).

Tradicionalmente, esto ha hecho que esta forma de aportación sea considerada como una aportación a “fondo perdido”, ya que, al no existir la obligación de llevar a cabo la devolución por parte de la sociedad adquirente de la aportación otorgada, no se puede asegurar un rendimiento o seguro al no generar ningún tipo de derecho de crédito, pudiéndose llegar a considerar, de forma más correcta, como una aportación a riesgo del otorgante, hecho que en este caso no nos afecta al realizarse con el objetivo de realizar una fusión y encontrándose participada en su totalidad la sociedad.

La forma en la que se podría llevar a cabo el reintegro, y por lo que puede ser además un seguro para la Parte Vendedora si la operación no llegase a salir adelante, es que para la devolución será necesario que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 273 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) que establece la aplicación de los resultados de la aprobación de cuentas, y por otro lado la aprobación de la Junta de que se produzca dicha devolución, de todas formas, la devolución en caso de no producirse la fusión no sería estrictamente necesaria, ya que es una empresa participada al cien por cien por la que aporta, pero podrían llevarlo a cabo.

Adicionalmente, y como elemento significativo para la utilización de esta forma, sería que la Aportación a la Cuenta 118 no genera una contraprestación por la entrega de bienes, considerándose una aportación con el fin de contribuir a la capitalización de la sociedad participada.

Enfocándonos ahora en la sencillez que caracteriza a la Aportación a la Cuenta 118, y a la que ya se ha hecho referencia, a diferencia de la segregación en la cual se producían unas participaciones por el valor de la unidad económica, en la Aportación a la Cuenta 118 no se genera ningún tipo de pago, generación de participaciones o elemento similar que pudiera generar un problema con la Parte Vendedora, por lo que en definitiva es una aportación que no genera ningún título de propiedad aparte del ya establecido.

Respecto a la metodología por la que llevar a cabo la aportación, dejar claro que este tipo de aportación tiene un carácter “informal” y atípico, por lo que estrictamente no es necesario llevar a cabo ningún tipo de procedimiento mediante el cual se produzca la aprobación de la aportación, por lo que no existe razón alguna por la que la propia sociedad hubiera de decidir u opinar al respecto, no encontrándose atada a la formalidad como podría ser un acuerdo de Junta.

Por otro lado, es conveniente que la aportación quede debidamente documentada para evitar una posible reclamación posterior, ya que como se establece en la Sentencia 696/2016 del Tribunal Supremo del 24 de noviembre de 2016 (Rec. 871/2014)

“Corresponde a la sociedad acreditar que las aportaciones de los socios lo fueron al patrimonio neto, esto es para compensar pérdidas o, en general, a fondo perdido, ya sea desde el principio, ya sea por voluntad posterior de los aportantes.”

Esta sentencia, viene a enmarcar que las aportaciones realizadas por parte de los socios a la sociedad (en este caso consideramos a la Parte Vendedora) fuera de las aportaciones de capital social, serán consideradas como préstamo, generando así una obligación devolutoria, siendo este uno de los elementos que quiere evitarse mediante el uso de la Aportación a la Cuenta 118.

Para evitar esto, se ha de establecer una documentación que acredite que la aportación se ha realizado a título de Aportación a la Cuenta 118 generando una prueba que demuestra que en ningún momento se ha realizado como préstamo. Esto se llevaría a cabo para que, en el momento posterior a la compraventa, no pudiese llegar a surgir ningún tipo de problemática o posible reclamación de ningún tipo.

Señalar, además, que en el momento en el que esta sea llevada a cabo, no será necesario llevar a cabo ningún tipo de acción que le otorgue un valor ante terceros, ya que, a diferencia de una aportación de capital, una segregación o una fusión, no se tendrá que realizar una escritura notarial o inscribirse en algún tipo de Registro.

Se establece, así como método más recomendable para realizar la Aportación a la Cuenta 118 (aunque como se ha mencionado no sea obligatorio) sería presentarlo ante la Junta, quedando así todo correctamente determinado y generando la máxima seguridad posible

estableciendo de forma concreta lo indicado en la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)

“3. Para contabilizar estas aportaciones en el patrimonio neto será necesario verificar la siguiente información:

a) La certeza de la incorporación de los activos al patrimonio de la sociedad, o de la condonación de la deuda,

b) La identidad de los aportantes y el porcentaje de participación que poseen en la sociedad,

c) El importe dinerario o el valor razonable de los activos aportados por cada socio, o el valor razonable de la deuda condonada, y

d) Que el fundamento o razón objetiva de la aportación es el incremento de los fondos propios de la sociedad. Esto es, para determinar si las aportaciones se imputan al patrimonio neto o se inscriben dentro del pasivo se estará al título jurídico de la aportación del que debe resultar indubitadamente que las cantidades aportadas solo pueden ser reintegradas a los socios previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 28 para el reparto del beneficio distribuable.”

Aplicando al caso concreto de la Concesión de Bilbao, al pertenecer está a la sociedad, sería necesaria la aprobación de los socios para poder llevar a cabo la Aportación, por lo que, aunque de forma general no es obligatorio que la Junta apruebe la Aportación la Cuenta 118, en este caso sí, a menos que los administradores tuvieran la capacidad de proceder a realizar esta operación, de tal forma que se presentaría a la vez que se plantease la aceptación de la Fusión para acortar los trámites.

Por último, la contrapartida que podría aplicarse a la Aportación de la Cuenta 118, sería la dificultad de valoración de la aportación, en este caso la concesión de la Gestión del puerto de Bilbao, para lo cual se recomienda que se lleve a cabo un análisis.

En definitiva, la transmisión de la concesión de Bilbao, aunque hay diferentes métodos, se recomienda llevar a cabo una segregación o una Aportación a la Cuenta 118, debido a que los métodos más ágiles y generar menos problemática en cuanto a requisitos y plazos.

Tercero, la titularidad de la Concesión de la gestión del puerto de Casablanca, la cual pertenece a Estrella Marruecos S.L.U.

En este caso al encontrarse dentro del grupo y participada por Estrella del Mar, S.A. podría llevarse a cabo la Aportación a la Cuenta 118 o la segregación como se ha establecido con la concesión de Bilbao.

Por último, hacer referencia al apartado laboral, en el que con independencia de los métodos de reorganización societaria que hayan sido llevados a cabo, se ha de respetar lo establecido por el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “**Estatuto de los Trabajadores**”) el cual establece: (i) La sucesión no supone la extinción de la relación laboral, sino la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del cedente; (ii) tanto el cesionario como el cedente deben informar a los representantes de los trabajadores (o en su defecto, a los trabajadores) del cambio de titularidad y otros extremos, con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión; y (iii) que se prevé una responsabilidad solidaria de tres años del cedente por las obligaciones no satisfechas anteriores a la transmisión, entre los puntos más importantes, por lo que no se puede considerar con la toma exclusiva de la titularidad, sino que hay que tener en cuenta aquellos trabajadores y llevar a cabo los procedimientos indicados por ley, habiéndose de aplicar esto a los diferentes trabajadores que participen del desarrollo laboral dentro de las diferentes concesiones.

CONCLUSIÓN

Las formas que se recomiendan para llevar a cabo la reestructuración societaria serían mediante:

La Aportación a la Cuenta 118 como primera opción debido a su agilidad y ausencia de obligación devolutoria.

Como segunda opción, una Segregación parcial, debido a que la generación de participaciones producidas con la reestructuración en este caso se otorga a quien ya tiene el cien por cien de las participaciones de las diferentes sociedades objetivo de reestructurar, y se realizaría mediante un proceso abreviado.

Se ha de respetar a los trabajadores siguiendo el Estatuto de los Trabajadores, con las informaciones previas necesarias y demás requisitos.

Se ha de tener en cuenta que para las diferentes transmisiones de las concesiones se habrá de solicitar autorización previa en el caso de las que se encuentran en territorio español, mientras que se habrá de llevar a cabo un análisis más profundo de la ubicada en Marruecos a pesar de su aperturismo tras la entrada en vigor de la ley 15-02.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL CONTRA GENERALI SEGUROS

Respecto al procedimiento judicial de reclamación iniciado por Generali Seguros, S.A., contra la Parte Vendedora por los daños sufridos en una elevadora propiedad de su asegurado, ocasionados durante la realización de los trabajos de estiba llevados a cabo por una grúa pórtico propiedad de la Parte Vendedora en el puerto de Bilbao, hay que analizar los costes que podrían llegar a generar y la influencia que esto podría ocasionar sobre la operación.

Primero, es necesario analizar las diferentes damnificaciones que se pueden llegar a producir, las cuales son:

- Los treinta y seis mil euros reclamados por la aseguradora.
- El interés legal, el cual definido en el artículo 1108 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “CC”) establece:

Artículo 1108. CC

“Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.”

Este interés comenzaría a correr en el momento en el que se interpuso la demanda hasta que se declarase sentencia y es establecido mediante la Ley de Presupuestos

Generales del Dinero, la cual se encuentra en 2024 en un tres con veinticinco por ciento.

- Las costas procesales con las que se pudiese llegar condenar a Estrella del Mar S.A. en el caso en el que se estimasen todas las demandas realizadas por Generali Seguros, S.A. como establece el artículo 394.1 del Código Civil,

Artículo 394.1. CC

“En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.”

Se establece en el artículo 241 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “**LEC**”) que las costas son,

Artículo 241 LEC

“1. Salvo lo dispuesto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, cada parte pagará los gastos y costas del proceso causados a su instancia a medida que se vayan produciendo.

Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquéllos que se refieran al pago de los siguientes conceptos:

1.º Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas.

2.º Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.

3.º Depósitos necesarios para la presentación de recursos.

4.º Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso.

5.º Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos.

6.º Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

7.º La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva. No se incluirá en las costas del proceso el importe de la tasa abonada en los procesos de ejecución de las hipotecas constituidas para la adquisición de vivienda habitual. Tampoco se incluirá en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas.”

Sabiendo los gastos que se pueden llegar a producir es importante hacer referencia a los diferentes profesionales que van a participar del proceso, (i) el abogado; (ii) el procurador y; (iii) el perito.

El **abogado**: Figura obligatoria para la representación de la Parte Vendedora en el proceso, ya que en las únicas situaciones en las que la representación no sería preceptiva serían las enmarcadas en el artículo 23 de la LEC el cual establece en su punto segundo las situaciones en las que los litigantes pueden comparecer por su propio nombre, estas son:

Artículo 23. LEC

“1.º En los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y ésta no exceda de dos mil euros, y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley.

2.º En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.

3.º En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.”

Al no encontrarse el proceso en ninguna de estas situaciones, la representación del abogado sería obligatoria.

Partiendo de la obligatoria presencia de estos por las dos partes, hay que dividir el análisis de los honorarios aplicables dependiendo de si se trata de los abogados de la Parte Vendedora o de la demandante, en este caso Generali Seguros, S.A.

En el momento en el que hablemos de los abogados de la Parte Vendedora se le solicitaría a esta la Hoja de encargo que han presentado, documento en el cual se materializa la relación contractual entre cliente y abogado, convirtiéndolos en representado y representante respectivamente o hacer se llevaría a cabo un cálculo aproximado usando los honorarios orientativos del colegio de abogados de Madrid, que, aunque hayan sido declarados como contrarios a derecho en la Sentencia 4841/2022 del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 2022 (Rec. 7573/2021)

“la existencia de baremos, es decir, listados de precios para cada actuación de los abogados, opera como elemento disuasorio de la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales prestados por abogados en cuanto tiende a homogeneizar los honorarios a la hora de tasar las costas, operando en contra de la libertad y divergencia en la fijación de precios. Y es una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que implica una restricción de la competencia por el objeto, dado que es potencialmente apta para lograr el objetivo perseguido”

Pueden utilizarse para establecer un posible rango de lo que sería correcto pagar.

Por otro lado, en el momento en el que pasemos a querer conocer los costes de la parte contraria habrá que atenderse a lo que se determine tras la condena en costas en observancia a la posible impugnación de las mismas si estas son consideradas excesivas (momento en el que también se puede utilizar los honorarios orientativos del colegio de abogados de Madrid).

Las costas judiciales impuestas no equivalen a todo aquello que se le paga al abogado, sino, como se ha expresado anteriormente, aquellos gastos económicos imprescindibles que se deben pagar durante el proceso judicial, siendo en un procedimiento ordinario aproximadamente entre un diez por ciento y un quince por ciento del procedimiento, estando establecido por ley como máximo, en el artículo 394.3 de la LEC un límite de un tercio de la cuantía del proceso.

Artículo 394.3 LEC

“Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos *a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.*”

Generando la condena total en costas (contando con todos los profesionales no sujetos a arancel) el máximo de un tercio de la cuantía total del proceso, siendo esta un tercio de treinta y cinco mil euros, por lo que la cuantía de máxima de las costas podrá llegar a ser de doce mil euros.

El **Procurador**: Al igual que se ha indicado anteriormente con la figura del abogado, es obligatorio, ya que el proceso no se encuentra entre las situaciones del artículo 23 de la LEC, pero en el momento de calcular los costes que podrían llegar a conllevar, no aplicaría el límite interpuesto por el artículo 394.3 de la LEC, ya que como expresa el propio artículo, no aplican en dicho límite *“profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel”*, siendo el procurador un profesional sujeto a aranceles, hay que acudir a estos para establecer el posible gasto.

Los aranceles del procurador se recogen en el Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la Procura, (en adelante, **“Aranceles de la Procura”**). En el artículo 2 respecto de los procedimientos de cuantías determinadas, el importe máximo para un procedimiento de treinta y seis mil euros se acogería al límite establecido por la franja de los treinta y seis mil euros costando así setecientos catorce euros.

Teniendo en cuenta esto, se entendería que en caso de que proceda la condena en costas, se habría de pagar dicha cantidad tanto al procurador de la Parte Vendedora como al de Generali Seguros, S.A.

En el caso en el que se hubiese presentado por la parte Demandante un **informe pericial**, como se ha reflejado anteriormente en el artículo 241.1. 4º, también se considera en las costas a los peritos. Aunque haya cierto debate respecto si se cuenta con la totalidad de los peritajes o exclusivamente aquellos peritajes judiciales (mandados por el juez o tribunal), se resuelve en diferentes sentencias como por ejemplo la Sentencia 113/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid del 1 de marzo del 2010 (Rec. 775/2009):

“El artículo 241.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil considera costas la parte de gastos del proceso que se refieran al pago de, entre otros conceptos, derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso.

El referido precepto no se refiere exclusivamente a los peritos designados judicialmente.

Cuando se utiliza la vía que permite el artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la parte aporta el dictamen pericial con la demanda o la contestación, puede reclamar; si la adversa es condenada al pago de las costas, los derechos u honorarios del perito derivados de la elaboración del dictamen como costas. Incluso, el perito mismo podrá pedir su inclusión en la tasación.”

Ante esto hay que tener en cuenta que para que se pueda llevar a cabo la aportación de los gastos periciales como costas, lo que se abona no es el peritaje en sí, sino lo devenido del propio dictamen pericial, siendo necesario que este haya cumplido los requisitos legales para considerarse como tal, ya que diferentes pareceres técnicos o pericias documentales, las cuales sean aportadas como prueba documental, aunque hayan sido realizadas por un perito no tendrán la calidad de dictamen pericial y por ende no serán incorporables a las costas.

El importe que se puede llegar a considerar del coste de un informe pericial podría acercarse a los dos mil euros, pero hay que tener en cuenta que se le aplicaría el máximo establecido de un tercio de la cuantía reclamada, por lo que entran junto a los Costes del abogado.

Por último, hay que tener en cuenta que estos gastos se calculan sin tener en cuenta posibles futuras instancias del proceso si este continuase a otras etapas judiciales.

Habiendo tenido en cuenta todos estos factores, el proceso podría llegar a costar:

- Los treinta y seis mil euros reclamados por la aseguradora.
- Dependiendo del tiempo que tarde en desarrollarse el proceso desde la demanda, habrá que aplicarse un interés del tres con veinticinco por ciento.
- Respecto de la posible imposición de costas:
Un máximo de doce mil euros más los costes del procurador (funcionar por aranceles) setecientos catorce euros
Monto por condena en costas: doce mil setecientos catorce euros.
- Gastos de la Parte Vendedora, lo que se haya acordado con los abogados que se encuentren representándoles, como se ha mencionado previamente, la forma más eficiente de saberlo sería acudir a la hoja de servicio. Más el procurador, el cual al encontrarse determinado por aranceles como en el caso anterior la cantidad ascendería a setecientos catorce euros.

Por lo que, en definitiva, el coste total que podría llegar a alcanzar el procedimiento si condenan a la Parte Vendedora al Pago de lo reclamado con condena en costas podría alcanzar los cuarenta y ocho mil setecientos catorce euros, además del interés aplicable por el tiempo durase el procedimiento y el coste de sus abogados.

Considerando estas afecciones que pueden llegar a surgir derivado del procedimiento, una opción sería que la Parte Vendedora establezca una provisión de cuentas en la cual el procedimiento sea considerado como un pasivo contingente dentro de su estado financiero, por lo que el precio de la compraventa se establecería teniendo este elemento en cuenta, produciéndose una reducción del precio.

En caso de que no se llevase a cabo el ajuste de precio de forma previa se pueden considerar dos opciones para proteger la compraventa, y más concretamente a la Parte Compradora, (i) introducir esta contingencia como “*Representation and Warranties*” o (ii) introducir una “*Specific Indemnity*”.

Las “*Representation and Warranties*” son unas cláusulas en las cuales ante la asunción de una situación se establece un régimen de responsabilidad específico, es algo normalizado establecer el proceso mediante el cual se realice la reclamación de indemnización estableciendo además unas reglas que determinen las formas de efectuar las notificaciones; la forma de cuantificar el daño; el plazo y forma en el que se llevaría

a cabo el pago indemnizatorio; la responsabilidad de llevar cabo el procedimiento; entre otros puntos.

En este caso, se establecería para que, aunque se lleve a cabo el traspaso de la titularidad de la Concesión de la gestión del puerto de Bilbao sea Estrella de Mar, S.L. quien asuma la responsabilidad de llevar a buen término el proceso además de hacerse responsable de otras consecuencias que pudieran devenir del proceso.

Por otro lado, la “*Specific Indemnity*”, como instrumento de indemnización establecido para aquellas contingencias conocidas y especialmente relevantes y para el que se prevén medios de subsanación/ indemnización específicos con el objetivo de proteger del riesgo al comprador en el caso que la contingencia se materialice tras el cierre de la operación.

En este caso, el procedimiento judicial es identificable como una contingencia que en el caso en el que suceda podrá producirle un gran daño económico a la compradora ya que será el titular de la gestión del puerto de Bilbao y podría llegar a ser responsable del pago, por esto, es importante establecer en la cláusula, que la Parte Vendedora asumirá la sanción que pueda llegarse a establecer además de todo daño que pueda derivarse de esta, como pueden ser los intereses y las costas procesales.

En definitiva, ante esta situación en la que la Parte Vendedora se encuentra en un proceso de reclamación que es una clara contingencia ya que se ve afecta una parte fundamental objeto de la compraventa, la mejor opción sería establecer una “*Specific Indemnity*” en la cual se identifique la contingencia generada por el proceso y se valore económicamente, de tal forma que en el momento en el que esta pudiera materializarse se pueda ejecutar de la forma más efectiva posible, la otra solución sería una reducción directa del precio de venta, siendo esta más complicada al no haberse efectuado el daño.

CONCLUSIÓN

Encontramos el riesgo de que, si se determina como culpable a la demandada, se llegue a tener que pagar si se establece la condena en costas 48.714 euros sin contar los costes de los abogados de la demandada.

Por lo que se recomienda establecer una cláusula de “*Specific Indemnity*”, de forma que, si llegase a tener que suceder el pago se encargase la parte demandada, aunque otra opción podría ser establecer unas “*Representation and Warranties*”.

CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA

Respecto de vuestra preocupación acerca de que Estrella de Mar, S.A. continúe compitiendo en el negocio de la gestión de puertos, la solución aplicable y normalizada en la gran mayoría de contratos de M&A sería establecer una cláusula de no competencia.

Esta cláusula establece un acuerdo con el objetivo de proteger al comprador creando una obligación en la que tras el cierre de la compraventa la Parte Vendedora se compromete a no continuar compitiendo con la parte vendedora.

Primero, hay que comprender que esta obligación de no competir puede ser exigida aun sin que se establezca la cláusula de no competencia, ya que parte del principio de la buena fe contractual establecida por el artículo 1258 del Código Civil

Artículo 1258. CC

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

Como establece este artículo, se ha de comprender que el momento en el que la Parte Vendedora se está deshaciendo de una parte de su negocio y recibiendo un pago no lo hace solo por los bienes otorgados sino también por la “posición” que tenía previamente en el mercado, lo que viene a denominarse como “goodwill” o fondo de mercado que establece una diferencia en el precio, separando el valor objetivo del patrimonio neto de lo comprado y lo que “significa” haber comprado esa sociedad.

Encontramos esto reflejado en la Sentencia 303/2016 del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2016 (Rec. 122/2014)

“(…) en los contratos de transmisión de empresa el empresario transmitente tiene básicamente dos obligaciones: 1ª) Por un lado, una obligación de hacer, consistente en el deber de comunicar al adquirente los conocimientos e informaciones relativos a los procedimientos técnicos de producción y a las estructuras, sistemas y relaciones que configuran la organización comercial de la

empresa, tales como los sistemas de ventas, las listas de clientes y proveedores, las estrategias comerciales en el mercado, las redes de distribución y comercialización, etc. 2ª) Por otro lado, una obligación de no hacer, que se materializa en la imposición al transmitente del deber de abstenerse de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad empresarial transmitida (...).

3.- Y conforme a lo ya dicho, esta obligación de no hacer no tiene que estar expresamente pactada, ya que es exigible conforme a los arts. 1.258 CC y 57 CCom.”

De todas formas, el establecimiento de esta cláusula otorga una seguridad jurídica que permite especificar la no competencia y materializar consecuencias del incumplimiento.

Segundo, la cláusula de no competencia no puede ser eterna, y aunque no hay una regulación expresa hay unos parámetros limitadores y compensatorios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estos son (i) el interés efectivo del empresario, (ii) la duración y (iii) establece una compensación necesaria para que se mantenga de esa forma determinada fuera del mercado o sector.

Respecto del interés del empresario, para que se dé la cláusula de no competencia, es necesario que la Parte Vendedora tenga la capacidad y conocimientos para generar una competencia a la Parte Vendedora, esto no es difícil de establecer, ya que se refleja en el propio “goodwill” de la empresa adquirida.

En lo que se refiere a la duración, el párrafo 20 de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) establece

“Las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos. Cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años).”

Pero siguiendo la jurisprudencia española, se establece una analogía entre la no competencia y el contrato de agencia en la que se establece un plazo de dos años o hasta tres años, siendo necesario para alargar los dos años establecidos por la jurisprudencia del supremo una causa justa que justifique la necesidad de una mayor protección para el comprador.

La compensación económica necesaria se establecerá en función de la solicitud de la cláusula, teniendo en cuenta las características de esta, desde la temporalidad hasta el territorio que quiera enmarcar.

Por lo que se ha de tener en cuenta, que todo elemento introducido en la cláusula de no competencia ha de estar justificado y que no puede apoyarse simplemente en el argumento de la defensa del Vendedor, como refleja la Sentencia 301/2012 del Tribunal Supremo del 18/05/2012 (Rec. 1153/2009)

“la cláusula de inhibición está justificada salvo que, por su duración, su ámbito geográfico y su contenido excediese de lo razonablemente útil o conveniente para garantizar que el valor de las participaciones no se viera deteriorado por la actuación del transmitente”

Aplicándolo ahora al caso concreto y buscando asegurar la posición competitiva tras la compraventa, se tendría que establecer la cláusula de no competencia en el contrato que reflejase concretamente los puntos que habéis expresado de la siguiente forma,

- Respecto a la temporalidad, el límite que se podría llegar a establecer sería de dos años en territorio nacional y tres en el entorno europeo, ya que si aplicamos los cinco años no será válida.
- Respecto a la territorialidad, teniendo en cuenta que su experiencia no abarca solo el territorio nacional al haber gestionado también la concesión en el puerto de Casablanca, es comprensible que se pretenda bloquear su actividad en la totalidad del Mar Mediterráneo, pero la cláusula solo puede establecerse para la actividad en aquellos territorios en los que de forma efectiva han realizado la actividad, y donde el “goodwill” puede posicionales de forma ventajosa respecto al resto de empresas, de tal forma que los territorios donde se puede aplicar la cláusula sin que se considere nula son Marruecos y España.

- La parte económica quedaría en manos de la propia negociación, ya que no hay rangos establecidos legalmente más allá que este sea acorde para con la obligación establecida.
- Por último, como medidas precisas dentro de la no competencia, habría que añadir el compromiso de la Parte Vendedora de no llevar a cabo la adquisición o creación de empresas con un objetivo similar o idéntico, en especial la no participación o solicitud de concesiones dirigidas a la gestión de puertos, a riesgo de que se le reclame una indemnización de daños y perjuicios.

CONCLUSIÓN

Sí que es posible establecer una cláusula de no competencia.

Esta tiene que definirse de forma correcta y específica, y se ha de establecer:

Una duración máxima de dos o tres años dependiendo de si afecta a territorio nacional o internacional.

Establecer España y Marruecos como territorios afectados por la cláusula debido a su conocimiento, experiencia y fuerza en el mercado.

Negociar en el precio de la operación la cuantía de que la Parte Vendedora se mantenga fuera del mercado de esta forma concreta

Y las consecuencias de incumplir la cláusula.

NOTIFICACIÓN A LA CNMC

Respecto a la consulta acerca de la posible obligación de notificar y solicitar autorización a la CNMC de forma previa a la realización de la operación.

Esta autorización, se establece para evitar que se genere una concentración económica que ponga en riesgo la competencia dentro de los diferentes mercados.

La concentración económica, definida por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia sucede cuando se produce un cambio de control total o parcial de una o varias empresas a consecuencia de:

- La fusión de una o más empresas independientes.

- La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
- La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

Considerando que efectivamente la presente operación puede conllevar una concentración económica debido a la fusión entre dos empresas, no toda concentración económica tiene que ser notificadas, será necesario notificar y que se produzca el procedimiento de control previsto por la CNMC cuando se alcancen las cuotas de mercado o el volumen de negocio determinados en el artículo 8.1 de la Ley de Defensa de la Competencia,

Artículo 8.1 Ley de Defensa de la Competencia

“1. El procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra 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.

Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), 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.

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.”

Lo que se traduce en:

- El incremento o adquisición de una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante del servicio o producto en España o en un mercado geográfico definido dentro del territorio nacional.
Excepción: el volumen global sea menor que 10 millones de euros o que no posean una cuota de mercado igual o mayor al 50%.
- Que el volumen de negocio global en España supere en 240 millones de euros en el último ejercicio contable, teniendo en cuenta que las empresas afectadas tengan un volumen independiente de 60 millones de euros.

Conociendo los límites establecidos habría que determinar si es necesaria o no la comunicación en el caso concreto de esta fusión:

Por un lado habría que analizarse la cuota de mercado nacional que llegarían a alcanzar al tener la gestión portuaria de los puertos de Andalucía; Bilbao; Ferrol; Santander, considerando que no conocemos exactamente la naturaleza de las concesiones ni que servicios o amplitud de actividad tiene, difícilmente se puede llegar a considerar la cuota de mercado que pudieran llegar a ocupar, ya que aunque sea sobre diferentes puertos, esto no significa que se lleve a cabo la gestión de la totalidad del mismo, ya que estas suelen encontrarse destinadas a diferentes ámbitos.

Por otro lado, habría que revisar el volumen de negocio generado tanto por Andalucía Harbors como por Estrella Gestión de Puertos del último año.

Ante esta situación de duda, encuentro dos posibilidades:

Llevar a cabo una evaluación más exacta de la operación, concretamente revisar el volumen de negocio y hacer un análisis de mercado relevante, o realizar una consulta previa a la CNMC.

La consulta previa a la CNMC se encuentra regulada en el artículo 55 de la Ley de Defensa de la Competencia y se puede realizar de forma previa a la presentación de la notificación para determinar si la operación produce simplemente una concentración económica dentro de los umbrales de la Ley, o si la operación conlleva una concentración que concretamente supere los umbrales establecidos para hacer obligatoria la notificación.

La importancia de asegurar la necesidad o no de llevar a cabo la notificación recae en gran parte por las posibles infracciones que acarrea el no llevarla a cabo, calificadas como leve, grave o muy grave, establecidas en el artículo 62 de la Ley de Defensa de la Competencia y siendo aquellas que conciernen a la presente operación:

- Leve:
 - o Presentar la notificación fuera del plazo de veinte días desde que fuese requerida de oficio por la CNMC o no llevarla a cabo.
- Grave:
 - o Realizar la operación sin haber notificado a la CNMC o realizarla antes de que recaiga y sea ejecutiva resolución expresa y tácita autorizando la operación.
 - o Obstruir la labor de la CNMC.
- Muy grave:
 - o Incumplir o contravenir lo establecido mediante resolución (realizar la operación cuando se ha negado la autorización.)

A estas infracciones, le acompañan sus respectivas sanciones económicas reflejadas en el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, estableciendo según su gravedad:

- Leves: hasta el 1% de su volumen de negocio en el ejercicio del año anterior a la comisión de la infracción, y en el caso que no sea posible establecer el volumen de negocio una multa de 100.000 € hasta los 500.000 €.
- Graves: hasta el 5% de su volumen de negocio en el ejercicio del año anterior a la comisión de la infracción, y en el caso que no sea posible establecer el volumen de negocio una multa de 500.001 € hasta los 10.000.000 €.
- Muy graves: hasta el 10% de su volumen de negocio en el ejercicio del año anterior a la comisión de la infracción, y en el caso que no sea posible establecer el volumen de negocio una multa de más de 10.000.000 €.

Además de establecer multas coercitivas, que establecidas por el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las cuales se podrá imponer previo requerimiento del cumplimiento multas coercitivas de hasta un 5 % del volumen de negocios total mundial medio diario durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado

a partir de la fecha fijada en el previo requerimiento, con el fin de obligarlas a cesar en una conducta declarada como prohibida o a deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida como se ha mencionado anteriormente en el análisis del proceso abierto por la CNMC.

Por último, para prevenir la situación la que se debiese de comunicar y no se diese autorización para llevar a cabo la operación se recomienda establecer una cláusula suspensiva del contrato debido a que si efectivamente se produce una concentración económica y no se permite llevar a cabo la operación se pierde el objeto de toda la operación.

CONCLUSIÓN

Puede llegar a considerarse no necesario llevar a cabo la notificación a la CNMC, pero antes de tomar la decisión de comunicarlo o no se recomienda realizar un estudio de mercado que determine de forma precisa la cuota de mercado adquirida tras la fusión y revisar el volumen de negocio concretar si se respetan las cuotas máximas, la otra opción, sería realizar la consulta previa a la CNMC.

Por último, se recomienda establecer una cláusula suspensiva del contrato en el caso que no se permita por parte de la CNMC llevar a cabo la operación.

Parte 2, Consulta realizada por Estrella del Mar, S.A.

En cuanto a las consultas planteadas en torno a buscar una compra de acciones o fusión con OceanShip, S.A. se han de analizar las siguientes cuestiones:

ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES DE OCEANSHIP, S.A.

Respecto de la consulta mediante la que se plantea adquirir el 29,7% de las acciones de OceanShip, S.A. sin llevar a cabo una oferta pública de adquisición (en adelante, “**OPA**”) se ha de atender el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (en adelante, “**RD Régimen de OPA**”) concretamente los artículos tercero y cuarto.

En el artículo tercero, se establece la obligatoriedad de llevar a cabo una OPA cuando se produzca el alcance del control en una sociedad cotizada, mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, derechos de voto en dicha sociedad; mediante pactos parasociales con otros titulares de valores o; como consecuencia de los supuestos de tomas de control indirectas o sobrevenidas.

Y en el artículo cuarto, se establece entre una de las casuísticas planteadas la tenencia de una participación de control cuando una persona física o jurídica tiene, individualmente o de forma conjunta una cantidad de acciones que alcance de forma directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al treinta por ciento.

Teniendo en cuenta estos dos artículos, en el momento en el que Estrella de Mar quiera obtener el 29, 7% de las acciones tendrá que llevar a cabo una OPA, ya que estará obteniendo en realidad una capacidad de control de más del 30% de forma indirecta.

Se produce una toma de control ya que se ha de considerar también el 3,5% de las acciones pertenecientes a la Familia Camacho, que, aunque se encuentren en una sociedad patrimonial, también se cuentan dentro de la adquisición indirecta, además, no deja de ser al mismo tiempo accionista de control con el 88% de las acciones de Estrella de Mar, situándose como accionista común con una gran influencia para la toma de decisiones.

En definitiva, es necesario llevar a cabo una OPA si la cantidad de acciones que se pretende obtener del 29, 7%, en todo caso, si de todas formas se busca llevar a cabo la

compra sin realizar una OPA, habrían de comprar un porcentaje máximo de acciones del 26, 5%, de tal forma que no se traspase en el límite de la participación de control.

Por otro lado, el programa que pretende llevar a cabo OceanShip, S.A., mediante el cual quiere recuperar hasta un uno por ciento de su capital en circulación, es una operación de recompra de acciones, también llamada adquisición de autocartera.

La adquisición de autocartera consiste en comprar las acciones de tu propia compañía de tal forma que ya no se encuentren en el mercado secundario, que es el mercado dedicado a la compra y venta de valores que ya han sido emitidos previamente por un mercado primario.

Para llevar a cabo una adquisición de autocartera, hay que tener en cuenta que la regulación establecida en la LSC donde se reflejan las situaciones en las que puede obtenerse,

Artículo 144, LSC

“La sociedad anónima podrá adquirir sus propias acciones, o las participaciones o acciones de su sociedad dominante, en los siguientes casos:

- a) Cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad.*
- b) Cuando las participaciones o acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal.*
- c) Cuando las participaciones o las acciones que estén íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito.*
- d) Cuando las participaciones o las acciones íntegramente liberadas se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular.”*

Concretamente, en los casos de los apartados b) y c), deberán enajenarse a menos que previamente hubieran sido amortizadas mediante reducción del capital social o que, sumadas a las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales no se exceda un veinte por ciento de su capital social.

Por otro lado, salvo en los supuestos de libre adquisición, como indica el artículo 509 de la LSC, las sociedades cotizadas no podrán adquirir un porcentaje superior al diez por ciento del capital suscrito. Solo si fuera una sociedad con propósito especial, se podría considerar la cartera ilimitada siempre que fuese con el objetivo de proceder a mecanismo de reembolso de los accionistas.

Teniendo en cuenta que el porcentaje que quiere tomar OceanShip S.A., es del uno por ciento, sí que se puede realizar la obtención de autocartera, y habrán de seguir el proceso indicado en el artículo 146 de la LSC, el cual establece y aplicaría en este caso:

- Autorización previa por la junta general en el cual se ha de determinar las modalidades de la adquisición permitidas, el número máximo de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización (no podrá exceder de cinco años).
- Sumar el valor nominal de las acciones adquiridas al de las que ya posean y no superar los límites establecidos.

Se considerará nula la adquisición de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias.

Esto significa, que OceanShip podrían llevar a cabo la adquisición de autocartera, afectando a la compra de acciones que se quiere realizar, ya que al extraer acciones del mercado secundario el porcentaje de acciones de cada accionista varía, como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2767/2020 del 16 de diciembre de 2020 (Rec. 1298/2020):

“Cuando la sociedad adquiere acciones propias, lo que hace es reintegrar al socio su participación, por lo tanto, disminuye el capital social, aunque formalmente no lo haga, por eso la Ley obliga a la sociedad a enajenar dichas acciones o reducir formalmente el capital social, para acomodarlo a la realidad. Por lo tanto, el daño a los accionistas no procede del acuerdo en el que se pone fin a dicha situación repartiendo la autocartera entre los trabajadores de la sociedad, sino, en su caso, con la compra de las acciones de la autocartera y reintegro de su aportación social al socio transmitente que tuvo que hacerse a cargo de beneficios o reservas.”

Esto genera un cambio en los porcentajes de los accionistas, como se ha mencionado, provocando que, en este caso, el veintinueve con siete por ciento que se busca adquirir se convierta realmente en un treinta por ciento, estableciendo la obligatoriedad de llevar a cabo una OPA por control directo indiferentemente de si se llegase a contar el tres con cinco por ciento de la Familia Machado.

Otro punto que ha de valorarse con respecto de la obtención de autocartera, es que, aunque se hayan obtenido las acciones antes de la realización de la operación de autocartera manteniéndose fuera del treinta por ciento de control, al realizarse un reajuste en los porcentajes de las acciones si se entra en una situación de toma de control, perderá la capacidad de ejercer los derechos políticos que se ejercerían en ese porcentaje excedente hasta el momento en el que se lleve a cabo una OPA, como refleja el 7.4 del RD Régimen de OPA:

Artículo 7.4. RD Régimen de OPA

“Si, como consecuencia de las variaciones en la autocartera, algún accionista llegara a alcanzar cualquiera de los porcentajes de derecho de voto señalados en el artículo 4, dicho socio no podrá ejercer los derechos políticos que excedan de tales porcentajes sin formular una oferta pública de adquisición dirigida a la totalidad del capital social.”

En definitiva, si se lleva a cabo la adquisición del veintinueve con siete por ciento se va a tener que llevar a cabo una OPA, por diferentes razones:

- El tres con cinco por ciento perteneciente a la Familia Machado hace que se supere el treinta por ciento.
- La operación de obtención de autocartera hará que el veintinueve con siete por ciento se convierta en un treinta por ciento.

CONCLUSIÓN

Si se quiere llevar a cabo la adquisición de acciones teniendo como objetivo evitar la OPA, se deberían de obtener teniendo en cuenta las acciones pertenecientes a la Familia Camacho y la operación de autocartera que busca llevar a cabo OceanShip, adquiriendo

siempre una cantidad menor al treinta por ciento de las acciones con el objetivo de evitar la posición de control.

Si la realización de una OPA no se considera como una contingencia para llevar a cabo la compra de acciones, pueden llevar a cabo la adquisición que se ha expresado desde un principio.

Es importante puntualizar que la no realización de la OPA cuando se adquiriera una posición de control hará que no se puedan ejercer los derechos políticos permitidos por las acciones.

FUSIÓN ENTRE OCEANSHIP Y ESTRELLA DEL MAR

Si en vez de efectuar la compra un porcentaje de las acciones de OceanShip, se instrumenta una fusión por absorción, sí que es posible poder llevarla a cabo sin tener que realizar obligatoriamente una OPA, incluso teniendo la posición dominante generada por la Familia Camacho.

Cuando se lleva a cabo una fusión por absorción, es posible evitar la realización de una OPA si se cumplen los requisitos establecidos por la ley obteniendo una autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, “CNMV”) como indica el artículo 8.g) del RD Régimen de OPA,

Artículo 8.g). RD Régimen de OPA.

“En caso de fusión, estarán exentos de la obligación de formular una oferta pública de adquisición los accionistas de las sociedades o entidades afectadas cuando, como consecuencia de la fusión, alcancen en la sociedad cotizada resultante, directa o indirectamente, el porcentaje de derechos de voto señalado en el artículo 4 y siempre que no hubiesen votado a favor de la fusión en la junta general correspondiente de la sociedad afectada y que pueda justificarse que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control sino un objetivo industrial o empresarial.

Corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordar, en un plazo no superior a quince días a contar desde la presentación de la

correspondiente solicitud por el accionista, que no resulta exigible una oferta pública, una vez comprobado que se dan las circunstancias señaladas en el párrafo anterior.”

El requisito principal, para que se otorgue la exención de OPA, es que el accionista que como resultado de la fusión alcance un porcentaje superior o igual al treinta por ciento no vote a favor de la fusión en la Junta General de la sociedad afectada, esto es, de la sociedad absorbida, ni tampoco aquellos que actúen por influencia o mandato de este. Este requisito se establece con el objetivo de proteger los intereses de los accionistas de la sociedad absorbida, de tal forma que puedan tener la capacidad de decidir en Junta lo que les es más conveniente.

El cumplimiento de este requisito puede resultar complicado de cumplir, ya que, aunque en la práctica la ausencia del voto del accionista mayoritario es un elemento simplemente fáctico, los quórum y las mayorías que se exigen para la aprobación de las modificaciones estructurales, concretamente en el caso en el que la fusión han de adoptarse en segunda convocatoria, o que, como sería lógico, la fusión sea promovida por el accionista mayoritario podría dificultar que saliese adelante.

El otro requisito, es que el objetivo de la fusión atienda fines empresariales y no de control, hecho difícil de probar en caso de que sea quien obtiene más control el que lo promueva.

Teniendo en cuenta que se pueda realizar la fusión sin llevar a cabo la OPA se llevaría a cabo en estas tres fases, (i) Fase Preparatoria; (ii) Fase Decisoria y (iii) Fase de ejecución:

La Fase Preparatoria, consta de:

- Un proyecto común de fusión, el cual es elaborado por los administradores de las dos sociedades implicadas y que habrá de ser presentado en la Junta General para que sea aprobado y pueda seguir adelante.

Previamente habrá de ser presentado en el Registro Mercantil

- El informe de los administradores realizado para socios y empleados explicando y justificando los diferentes motivos por los cuales se lleva a cabo la fusión, haciendo hincapié en el canje de acciones y efectos para los socios y trabajadores.

Este informe habrá de entregarse al representante de los trabajadores y a los socios al menos un mes antes de la fecha de celebración de la junta general que apruebe la operación, para que pueda llegar a darse una opinión del informe, dicha opinión se adjuntará al informe de los administradores.

- El informe de experto independiente nombrado por el Registro Mercantil. Este ha de ser uno para cada una de las sociedades a menos que acuerden lo contrario los administradores de ambas sociedades.

Se deberá poner a disposición de los socios al menos un mes antes de la celebración de la junta general que apruebe la fusión.

La Fase Decisoria, consta de:

- La convocatoria de la Junta General ha de realizarse con un mes de antelación a la celebración de la Junta General y posterior a la presentación del proyecto ante el Registro Mercantil.

Junto a la convocatoria ha de aportarse la información pertinente, en especial toma importancia el balance de fusión de cada una de las sociedades, que es el último balance anual aprobado y cerrado dentro de los seis últimos meses antes del proyecto de fusión.

- Tras la convocatoria, procede la celebración de la Junta, donde debe de ser aprobado el Proyecto Común de fusión, si se realizasen modificaciones a este en vez de aprobarlo se consideraría como un rechazo de la propuesta.
- Para que pueda llevarse a cabo, al ser esta una Sociedad Anónima habrá que llevar a cabo dos convocatorias como establece el artículo 8.4 del RD 5/2023

Artículo 8.4. RD 5/2023.

“En las sociedades anónimas, para la aprobación del proyecto por la junta general, será necesaria en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital. Cuando el capital presente o representado alcance, al menos, el cincuenta por ciento, bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Se

requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento.”

Como representa la siguiente tabla:

S.A.	1º Convocatoria	2º Convocatoria	
Quórum	50 %	25 %	
Mayoría	51 %	51% si acude al menos el 50% del capital	2/3 si acude el 25% pero menos del 50% del capital

En el caso en que se haya aprobado, se habrá llegado al acuerdo de modificación estructural, que una vez adoptado será publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad, a menos que el acuerdo se comunique individualmente por escrito o vía electrónica a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en la dirección que figure en la documentación de la sociedad.

La Fase de Ejecución: la culminación de la fusión se lleva a cabo en el momento en el que se lleva a cabo la inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil.

Para llevar a cabo la solicitud a la CNMV de la exención de la necesidad de realizar la fusión mediante una OPA, no hay un momento regulado en el cual haya que solicitar la exención, pero en la práctica, suele realizarse en el momento en el que han sido adoptados los acuerdos societarios necesarios para el desarrollo de la fusión. De todas formas, puede solicitarse antes de la celebración y aprobación de los acuerdos de fusión de las respectivas sociedades.

De todas formas, debido a la dependencia de esta exención por parte de la CNMV, se debería de establecer una cláusula suspensiva en los acuerdos en el caso de que la CNMV no concediera la exención y no se quiera llevar a cabo la OPA.

Si evitar la realización de la OPA no fuese una circunstancia esencial para que la operación saliese adelante, en caso de que se denegase la exención de realizar la OPA, se debería de realizar la OPA al haber llegado al umbral de control establecido.

Con la llegada al umbral de control, como indica el artículo 111 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (en adelante, “**Ley Mercado de Valores**”) se entenderá que una persona física o jurídica tiene individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, el control de una sociedad cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al treinta por ciento.

Teniendo posición de control, se encuentran obligados a presentar dentro de los tres primeros meses desde la adquisición de las acciones. si no la lleva a cabo no podrá ejercer los derechos respectivos a las acciones obtenidas.

La OPA se ha de regirse según la determinación de precio equitativo, entendiendo esto como se refleja en el artículo 110

Artículo 110. Ley Mercado de Valores

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

Aunque sea obligatoria, la OPA ha de ser autorizada por la CNMV, entregando el modelo previsto por la 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, acompañado de la documentación exigida:

- Documentación acreditativa de la garantía de la oferta en los términos del artículo 15.

- Solicitud de autorización o verificación administrativa
- Documentación acreditativa del precio de la oferta e informes de valoración cuando corresponda.
- Modelo de los anuncios a publicar y certificación acreditativa de las otras formas de publicidad o difusión por cualquier medio de la oferta
- Certificación acreditativa de la constitución de la sociedad oferente y de sus estatutos vigentes expedida por el Registro Mercantil o si tiene acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español, esta obligación se entiende satisfecha al estar depositados sus estatutos en vigor en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- Auditoría de cuentas de los estados financieros de la sociedad oferente y, en su caso, de su grupo, correspondiente, al menos, al último ejercicio cerrado o aprobado, salvo que se encontrara ya depositada en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o salvo que la sociedad no esté sujeta a la obligación de auditoría.

Además del folleto explicativo de la oferta que exponga toda la información de la oferta de tal forma que resulte fácil el análisis y comprensión de su contenido para todos los lectores. El folleto se encuentra recogido en el Anexo del RD Régimen de OPA.

Tras la presentación de la solicitud de autorización, y la aceptación de la misma será la CNMV quien notificará el acuerdo adoptado a la sociedad a la que se le realiza la OPA, además de a las Sociedades Rectoras de las Bolsas, además de publicar el folleto presentado en su página web.

Tras la autorización, en el plazo de cinco días hábiles la sociedad debe publicar la oferta y la sociedad afectada deberá redactar un informe detallado y motivado sobre la oferta pública de adquisición, que deberá contener sus observaciones a favor o en contra.

Durante todo el proceso, habrán de publicarse los siguientes hitos:

- El anuncio previo de la oferta si se llevó a cabo
- La solicitud de autorización de la oferta
- La admisión a trámite de la oferta.
- El acuerdo de autorización de la oferta.

- El plazo de aceptación de la oferta y en su caso, las prórrogas, indicando los motivos que las fundamentan.
- El informe sobre la oferta emitido por los administradores de la sociedad afectada.
- El desistimiento de la oferta o aquellas otras causas que la dejen sin efecto.
- El resultado de la oferta.
- Las comunicaciones relativas a las operaciones de compraventa forzosa, cuando proceda.
- La exclusión de negociación cuando proceda.

Durante el proceso de tramitación de la dispensa o excepción de oferta obligatoria por toma de control o exclusión deberán difundirse como hechos relevantes los siguientes documentos:

- La decisión del accionista o interesado de solicitar la dispensa o excepción de oferta obligatoria.
- El acuerdo de autorización o denegación de la solicitud.
- El escrito de solicitud una vez autorizada y la documentación complementaria.

Si la OPA ha tenido éxito, se adquirirán las acciones y se realizará el pago correspondiente.

Este sería el proceso mediante el cual se llevaría a cabo la OPA, un proceso que puede alargarse una media de ciento treinta y dos días aproximadamente.

CONCLUSIÓN

De forma general, sí que es necesario llevar a cabo una OPA, aunque se puede solicitar la excepción de la obligación de realizarla reflejada en el artículo 8.g) del RD Régimen de OPA que otorga la CNMV.

En el proceso sería llevar a cabo una afusión solicitando en el momento en el que se acuerde que esta va a suceder la autorización, y en el caso en que no se llegase a otorgar, llevar a cabo la OPA.

PACTO DE SOCIOS ENTRE LAS FAMILIAS MACHADO AZCONA

Respecto a la cuestión que surge debido al conflicto con la Familia Azcona al no haber respetado el pacto de socios o pacto de accionistas, es importante establecer diferentes puntos:

Primero, los pactos de socios se basan en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual determina la libertad de acuerdo en todo lo que las partes estimen necesario para regular de forma privada su relación dentro de la sociedad siempre que los pactos realizados no sean cuestiones contrarias a la ley, además, se encuentran reconocidos por el artículo 28 de la LSC.

Además, se ha de tener en cuenta que los pactos de socios son la forma de vincularse de forma obligatoria entre ellos, siendo una forma de regular las relaciones, y considerándose por la jurisprudencia, como señalan sentencias 300/2022 del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (Rec. 1726/2019), o la 128/2009 del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 (Rec. 368/2004) entre otras, como:

“Los pactos parasociales mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad”.

Por cómo se presenta la información, el pacto se encuentra recogido en los estatutos, por lo que sería oponible también ante la sociedad, no constando como pacto reservado, además, el hecho de que el pacto sea antiguo no resta validez a su implementación, ya que, si no se modifica de forma oficial, al igual que los estatutos, se considerará que sigue como vigente.

Segundo, el hecho de que haya mostrado su desacuerdo de forma continuada de forma que consta en acta, hace que no se pueda establecer un desinterés o un cambio de opinión posterior, por lo que realmente es posible que el proceso siga adelante.

Por otra parte, también habría que establecer que es ese tiempo después, ya que la impugnación del acta de la Junta General en el cual se decidió la fusión de la cual sabía tiene el plazo de un año desde que recibe la copia del acta de Junta.

Respecto de los argumentos usados por la Familia Azcona en contra de la fusión, fueron rebatidos durante el proceso de fusión ya que, si estos fueran ciertos, no se podría llevar a cabo la fusión.

Donde se puede llegar a encontrar una problemática, es en la situación del consejero dominical establecido en OceanShip, ya que este, aunque por su propia posición ha de representar los intereses de la Familia Machado como accionista significativo en el Consejo de administración, ha de prevalecer el deber de lealtad establecido en el artículo 227.1 de la LSC

Artículo 227.1 LSC

“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”

Ante esto, se ha de valorar si las actuaciones del consejero Dominical no solo han buscado los intereses de la Familia Machado (que ahí no radicaría el problema) o si ha actuado perjudicando a OceanShip. La determinación de una falta en su responsabilidad como administrador, podría desembocar no solo en la necesaria indemnización por daños y perjuicios, sino que también la anulación de los Actas de las Juntas celebradas, lo que significaría la anulación de la fusión.

Por lo que en definitiva las consecuencias de esta situación ante la operación de fusión, podría conllevar dos situaciones, la nulidad de esta o que continúe.

Uno de los factores que hay que tener en cuenta a la hora de valorar el desenlace de esta situación, es si la fusión ha sido registrada en el Registro Mercantil o no:

- Si no ha sido registrada en el Registro Mercantil no tiene eficacia, esto significa que la fusión no tiene validez frente a terceros, por lo que los acuerdos de fusión siguen siendo impugnables.

Este proceso se establecerá desde el punto de vista de querer anular los acuerdos de la Junta, por lo que no habría operación alguna.

- Si se ha inscrito la fusión en el Registro Mercantil, como establece el artículo 16 del RD 5/2023,

Artículo 16. RD 5/2023.

“1. El Registrador Mercantil procederá a la inscripción de la operación de modificación estructural una vez que compruebe que se han cumplido debidamente todas las condiciones exigidas y se han cumplimentado correctamente todos los trámites necesarios. A los efectos de este real decreto-ley, la eficacia de la modificación estructural se producirá desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil.

2. No podrá declararse la nulidad de una modificación estructural una vez inscrita. Quedan a salvo las acciones resarcitorias que correspondan a socios y terceros.”

Esto establece que, si ha sido inscrita, no pueda declararse la nulidad de esta, por lo que se asegura la realización de la operación. Esto no significa que no puedan aparecer otras damnificaciones, como la indemnización por daños y perjuicios a la Familia Azcona por los perjuicios económicos generados.

CONCLUSIÓN

El pacto de socios es considerado actualmente como una de las formas más populares de regular la relación entre los socios, estos mantienen su vigencia a lo largo del tiempo si no se lleva a cabo ninguna variación en estos y son imponibles ante la sociedad si se encuentran inscritos.

Por otro lado, el consejero dominical ha de haber guardado sus obligaciones para con la sociedad, aunque tenga la posición que tiene con la Familia Camacho.

La única forma que puede mantener la prosperidad de la fusión/ OPA, es que esta ya se encuentre inscrita en el Registro.

Se ha de tener en cuenta que, aunque siga adelante la fusión/ OPA, es posible que haya otro tipo de contingencias con respecto a la Familia Azcona siendo posible que se llegase a tener que indemnizarles por los perjuicios generado.

Parte 3. Reparto de dividendos por “Scrip Dividend”

En cuanto a las consultas acerca del cambio del sistema de reparto de dividendo tanto en el planteamiento de un sistema diferente como las inquietudes planteadas por la Familia Azcona:

APLICACIÓN DEL “SCRIP DIVIDEND”

Respecto a la consulta acerca de establecer un “*Scrip Dividend*”, primeramente, se ha de comprender que es y cómo funciona.

El “*Scrip Dividend*” consiste en una forma diferente de reparto de dividendos, en la que, en vez de llevar a cabo el reparto mediante el pago en efectivo directamente, se da la opción de obtener acciones de la empresa.

Dichas acciones se emiten mediante una ampliación de capital social liberado a cargo de reservas, por lo que es un aumento de capital que se lleva a cabo sin la necesidad de solicitar dinero al mercado o a los accionistas, y en el que se produce a la vez un aumento de la participación accionarial.

Las razones por las que puede interesar llevar a cabo un “*Scrip Dividend*” son:

- Para la empresa, resulta un esfuerzo menor, ya que supone un esfuerzo financiero menor que el desembolso monetario, además, mejora la capitalización de la compañía.
- Para el accionista supone una menor carga fiscal, ya que no consta como ingreso en la base del IRPF, aplazando la tributación hasta el momento en el que se venda las acciones, además que aumentan su número de acciones.

Por otro lado, se encuentran ciertos problemas:

- Podría entenderse el “*Scrip Dividend*” no como un pago o reparto de beneficios, sino como una forma indirecta de la empresa para financiarse.
- El resultado que genera que termina produciéndose normalmente es una reducción del precio de la acción.

Hay que tener en cuenta que esta es una acción voluntaria mediante la cual se puede elegir si se quiere recibir todo en dividendo metálico (efectivo); todo en acciones generadas por el “*Scrip Dividend*” o una mezcla de los dos.

Partiendo de esta base, hay que comprender que la elaboración del “*Scrip Dividend*” es en definitiva un aumento de capital con cargo a reservas, en el que se otorga a los accionistas la opción de obtener derechos de asignación gratuita de las acciones o el precio de estos.

Por lo que la idea de recibir el dividendo en efectivo, de la forma “tradicional”, en este caso significa vender la totalidad o parte de los derechos de asignación gratuita de las nuevas acciones a la empresa, recibiendo así un precio fijo que ha sido garantizado.

Para llevar a cabo el “*Scrip Dividend*”, es necesario llevar a cabo un proceso de aumento de capital, el cual se encuentra regulado en la LSC.

Primeramente, se ha de establecer el acuerdo de aumento, el cual ha de adoptarse en Junta General con los requisitos necesarios de una modificación de estatutos societarios:

- Redactar la propuesta de modificación
- Convocatoria de la Junta General
- Establecer el acuerdo con el quorum de por lo menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto en primera convocatoria y del veinticinco por ciento en la segunda, a menos que se marquen porcentajes más elevados en los estatutos. Y mayoría simple en la primera convocatoria y dos tercios en la segunda si no se llega al cincuenta por ciento del quorum.
- Llevar a cabo la escritura e inscripción de la modificación en el registro mercantil.

Concretamente, al ser un aumento de capital con cargo a reservas, le aplicará el artículo 303 de la LSC

Artículo 303. LSC

“1. Cuando el aumento del capital se haga con cargo a reservas, podrán utilizarse para tal fin las reservas disponibles, las reservas por prima de asunción de participaciones sociales o de emisión de acciones y la reserva legal en su totalidad, si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, o en la parte que exceda del diez por ciento del capital ya aumentado, si la sociedad fuera anónima.”

2. A la operación deberá servir de base un balance aprobado por la junta general referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento del capital, verificado por el auditor de cuentas de la sociedad, o por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable.

Esto implica que ha de quedar en la reserva legal un diez por ciento de los beneficios siendo un mínimo del veinte por ciento del capital social.

Al momento de llevar a cabo la ejecución hay que tener en cuenta distintos elementos, el primero de ellos el derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones, este derecho permite la adquisición previa de acciones, asegurando dentro del aumento de capital cuantas acciones pertenecerán a cada uno de los accionistas.

En este caso, se otorgará un derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones por cada acción.

En el caso en que quiera llevar a cabo la opción de vender los derechos de preferencia ha de comunicarlo a la entidad financiera donde tenga depositadas sus acciones y solicitar que se proceda a la venta de dichos derechos. Además, si no llegase a comunicar ninguna de las opciones la opción predeterminada será la de quedarse con los derechos de asignación gratuita de las nuevas acciones.

Ahora se establecerá un ejemplo con números no correspondientes a la empresa para que se entienda el procedimiento de cuanto se obtendrá en el caso de no tomar las acciones:

Supongamos:

- N_0 : número de acciones existentes antes de la ampliación.
- N_n : número de acciones nuevas.
- k : número necesario de derechos para suscribir una nueva acción.

La relación entre estos es que el número de nuevas acciones es igual al número de acciones existentes antes de la ampliación entre el número de derechos, ya que, si

otorgamos un derecho por cada acción, habrá tantas acciones nuevas como permita el número necesario para obtener una acción.

Estableciendo que existan 1.000.000 acciones y sean necesarios 20 derechos para obtener una acción, se emitirán 50.000 nuevas acciones.

$$N_n = 1.000.000 / 20 = 50.000$$

Habrará un total de 1.050.000 acciones tras el aumento (N_f)

El aumento de capital se producirá íntegramente mediante la reserva de la sociedad dejando al menos un diez por ciento, por lo que si hay una reserva de 700.000 euros se podrán tomar 500.000 euros.

Para calcular el precio teórico del derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones (V_d), es necesario establecer el precio teórico por acción antes de la ampliación (P_o) que se establece en 10 euros.

Ahora se calcula el precio teórico ajustado después de la ampliación (P_f):

$$P_f = (P_o \times N_o) / N_f$$

$$P_f = (10 \times 1.000.000) / 1.050.000 = 9,52 \text{ euros}$$

Teniendo en cuenta que el precio teórico ajustado será de 9,52 euros para obtener el precio del derecho, se ha de restar el precio pre-ampliación menos el post ampliación.

$$V_d = P_o - P_f$$

$$V_d = 10 - 9,52 = 0,48.$$

Para saber el importe que les pagarán a aquellos que decidan vender los derechos y elegir la modalidad de obtener el dividendo “tradicional”, tendrá que multiplicar el precio

teórico del derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones por el número de acciones que tenga, por ejemplo, si tiene 1.000 acciones habrá de multiplicarlo por el valor del derecho.

$$\text{“Dividendo tradicional recibido”} = 1.000 \times 0,48 = 480 \text{ euros}$$

En este caso, el accionista que tenía mil acciones recibirá cuatrocientos ochenta euros, y el que decida finalmente quedarse con las acciones tendrán estas el valor de la fluctuación de mercado, dependiendo de cuando vendan podrá tener un valor u otro.

Habrà de establecerse también un calendario con los principales hitos y unos tiempos aproximados, este se encontrará en el Documento informativo que se ha de entregar a los accionistas y que explicará la totalidad del aumento de capital y que es obligatorio conforme a los artículos 1.4.h) y 1.5 del Reglamento (UE) 2017/1129.

Las fechas reflejan una estimación del tiempo que habría de pasar entre los diferentes hitos:

FECHAS PREVISTAS	PRINCIPALES HITOS
<p data-bbox="252 1518 772 1608">Antes de seis meses desde la aceptación de la Junta General</p> <p data-bbox="437 1682 587 1771">04/03/2024 (lunes)</p>	<p data-bbox="810 1352 1356 1554">Publicidad del anuncio del aumento de capital en el BORME y boletines cotizados de las Bolsas de Valores españolas.</p> <p data-bbox="810 1630 1356 1883"><i>“Last trading date”</i>: fecha de referencia para participar en el <i>“Scrip Dividend”</i> (se participará en el <i>“Scrip Dividend”</i> según las acciones que se tengan en este momento).</p>

<p>05/03/2024 (martes)</p>	<p>Comienzo del periodo de negociación de derechos de asignación gratuita.</p> <p>“<i>Ex-date</i>”: negociación acciones sin derechos.</p>
<p>06/03/2024 (miércoles)</p>	<p>“<i>Record date</i>”: fecha efectiva de liquidación de las operaciones realizadas en el “<i>Last Trading Date</i>”.</p>
<p>12/03/2024 (martes)</p>	<p>Fin del plazo para solicitar la retribución en efectivo en virtud del Compromiso de Compra. (último día para escoger “dividendo” en vez de acciones).</p>
<p>19/03/2024 (martes)</p>	<p>Fin periodo negociación derechos de asignación gratuita.</p> <p>Ejecución de la orden de compraventa de los derechos de asignación gratuita a los accionistas que hubieran optado por vender sus derechos a la Sociedad.</p>
<p>21/03/2024 (jueves)</p>	<p>Pago del efectivo de la orden de compra</p>
<p>Del 26/03/2024 al 2/04/2024</p>	

	Trámites para la inscripción del Aumento de Capital Abono del Dividendo compensatorio a las Nuevas Acciones.
3/04/2024 (miércoles)	Fecha estimada del inicio de la contratación ordinaria de las Acciones Nuevas en las Bolsas de Valores españolas.

Tal y como se muestra en el calendario, los derechos de asignación gratuita se asignarán a los accionistas que hayan adquirido sus acciones hasta el 4 de marzo de 2024, y que figuren como accionistas en el “*record date*” (6 de marzo de 2024).

El periodo de negociación de derechos comenzará el día hábil siguiente al de la publicación del anuncio de la ejecución del Aumento de Capital en el BORME y tendrá una duración de 15 días naturales, del 5 de marzo de 2024 al 19 de marzo de 2024.

Durante este periodo, los derechos serán negociables y, por tanto, podrán ser transmitidos, en las mismas condiciones que las acciones de las que deriven.

En el periodo de negociación de derechos de asignación gratuita, los accionistas podrán optar por efectivo (reparto de dividendo tradicional) o Acciones Nuevas, así como vender o adquirir en el mercado derechos de adquisición y en la proporción necesaria para suscribir Acciones Nuevas.

Los accionistas que deseen aceptar el Compromiso de Compra de derechos asumido la empresa al precio fijo garantizado (esto es, a 0,48 euros) deberán comunicar su decisión no más tarde del 12 de marzo de 2024. A falta de comunicación expresa, los accionistas recibirán Acciones Nuevas.

En caso de que hubiera derechos de suscripción no asignados tras el fin de las negociaciones, las Acciones que no hubieran sido asignadas por esto por causas no

imputables a la sociedad se mantendrán en depósito a disposición de quienes acrediten la legítima titularidad de los correspondientes derechos de asignación gratuita.

Transcurridos tres años desde la fecha de finalización del referido periodo de negociación de los derechos de asignación gratuita, las Acciones Nuevas que aún se hallaren pendientes de asignación podrán ser vendidas por cuenta y riesgo de los interesados (como indica el artículo 117 de la LSC).

Por último, las nuevas acciones, si no se determina alguna diferencia tendrán el mismo valor y características que las ya existentes.

CONCLUSIÓN

El proceso de “*Scrip Dividend*” es un proceso de reparto de dividendos que parte desde una ampliación de capital con base en las reservas, por lo que ha de seguirse dicho proceso para realizarlo, teniendo en cuenta la importancia de informar correctamente a los accionistas, estableciendo los precios, comunicando las posibles fechas y determinando que la posición de la que parten si no deciden deshacerse de sus derechos de asignación gratuita de las nuevas acciones en el tiempo marcado, obtendrán el “reparto de dividendos” mediante acciones.

CARTA DE LA FAMILIA AZCONA

Respecto de la problemática expresada por la Familia Azcona, en la que exponen la imposibilidad de repartir el dividendo de forma diferente a al metálico o efectivo debido a que es un derecho esencial en del contrato de sociedad.

Primero de todo, la oficina de accionistas en la que interponen esta su oposición al “*Scrip Dividend*”, es un departamento dentro de las empresas cotizadas destinado a establecer y gestionar la comunicación con sus accionistas.

Sus funciones son:

- Comunicación directa entre la empresa y los accionistas.
- Facilitar la participación en las juntas generales.

- Gestionar los derechos corporativos.
- Atender consultas y quejas.
- Incentivar la participación accionarial.
- Garantizar la transparencia.

En este caso, la carta dirigida por la Familia Azcona expresa la imposibilidad de realizar el reparto de dividendos mediante “*Scrip Dividend*” debido a que es esencial en el contrato de sociedad recibirlo en metálico o efectivo.

Es cierto, como ya se ha mencionado anteriormente, que hay autores que no conciben el “*Scrip Dividend*” como un reparto de dividendos, sino como un aumento de capital financiado por los propios accionistas.

Por otro lado, aunque dicha afirmación pudiera llegar a ser cierta, no establece un problema, ya que con el planteamiento que se lleva a cabo en el presente caso, se permite a los accionistas tres opciones, recibir acciones; recibir el pago en efectivo y; elegir las dos en el porcentaje que prefiera con respecto de sus derechos de adquisición de acciones, además, que el precio que se da por acción con derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones es equivalente a lo que se otorgaría en el reparto de dividendos por cada acción.

Con esta libertad de elección, difícilmente se puede considerar que se considere vulnerado el derecho de los accionistas a recibir el reparto de dividendos tradicional.

En definitiva, las únicas formas en las que realizar el reparto de dividendos mediante “*Scrip Dividend*” iría contra el contrato de sociedad sería:

- Que se encontrase explícitamente prohibido por los Estatutos de la Sociedad.
- Que los estatutos tuvieran una estricta política que restringiese las formas de reparto de dividendos de forma “tradicional”.
- Que la junta de general no aceptase el “*Scrip Dividend*”.

CONCLUSIÓN

A menos que los estatutos de la sociedad establezcan de alguna forma que no puede llevarse a cabo un reparto de dividendos mediante “*Scrip Dividend*” o que la junta general no lo apruebe sí que podrá llevarse a cabo sin romper la esencia del contrato de sociedad.

Legislación

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

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

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

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

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

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la Procura.

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

Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

Jurisprudencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 796/2012 del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2013 (Rec. 1573/2010).

Sentencia 696/2016 del Tribunal Supremo del 24 de noviembre de 2016 (Rec. 871/2014).

Sentencia 4841/2022 del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 2022 (Rec. 7573/2021).

Sentencia 113/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid del 1 de marzo del 2010 (Rec. 775/2009).

Sentencia 303/2016 del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2016 (Rec. 122/2014).

Sentencia 301/2012 del Tribunal Supremo del 18/05/2012 (Rec. 1153/2009).

sentencias 300/2022 del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (Rec. 1726/2019).

Sentencia 128/2009 del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 (Rec. 368/2004).

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2767/2020 del 16 de diciembre de 2020 (Rec. 1298/2020).

Resoluciones y comunicaciones

Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03).

Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).

Bibliografía

Vela, D. V. (2021). *Una aproximación jurídica a la figura contable «aportaciones de socios o propietarios» de la cuenta 118 del Plan General Contable*. La Ley Mercantil, 80, 2. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7935997>

De Vilades, M. M., & Hernández, Á. L. (2014). *La segregación en la Ley sobre Modificaciones Estructurales: algunos aspectos paradójicos*. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 880, 9. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4628189>

Procedimiento para tramitación de ofertas públicas de adquisición de valores, dispensas y excepciones. P06 (2016).

Sebastián Quetglas, Rafael, Jordano Luna, Martín (2021). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. La Ley.