



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER
MÁSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA
ELENA EUBA HERNÁNDEZ

10 de enero de 2022



EEH ABOGADOS, S.L.P.
Paseo de la Castellana 110
28046, Madrid
TEL: +34 91 359 47 03



EEH ABOGADOS

INFORME LEGAL

MARVELWEISSER INC.



Índice

1. Asunto y antecedentes.....	4
2. Posibles acciones de Denna frente a Kvothe en virtud del contrato de distribución suscrito con Kvothe y defensas de las que dispone Kvothe.....	6
3. Posibles acciones de Kvothe y Newco frente a Don Alberto derivadas de su relación con Kvothe y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe.....	8
4. Posibles acciones de Don Alberto frente a Newco, Chetae o la Sociedad como miembro del consejo de Kvothe.	9
5. Incógnitas en relación con el pacto de socios suscrito por la Sociedad y Chetae. 9	
(i). Opción de venta ejercitable por Chetae que permite a dicha sociedad vender todas sus participaciones de Newco a la Sociedad si los resultados financieros de Kvothe en tres años consecutivos son inferiores al plan de negocio adjunto a dicho contrato de socios.....	9
(ii). Ley aplicable a controversias que surjan del pacto de socios.....	10
6. Complicaciones que podrían derivarse para Kvothe del contrato suscrito por Espumas.....	11
(i). Acciones que puede interponer Espumas frente a la Sociedad.....	11
(ii). Consecuencias de la falta de entrega del contrato suscrito entre Kvothe y Espumas a Newco.....	11
(iii). Consecuencias del traspaso de información a Espumas por parte de Don Alberto.....	12
7. Incógnitas de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe.	12
(i). Adopción de acuerdos por Don Tyler y Don Pablo pese a la ausencia de Don Alberto.....	12
(ii). Adopción de acuerdos por Don Tyler y Don Pablo pese a la comparecencia y voto en contra de Don Alberto.	12
(iii). Derecho de comparecencia en el consejo de Don Alberto.....	13
(iv). Adopción por el consejo de administración, pese a no estar en el orden del día, de un acuerdo para exigir responsabilidades a Don Alberto. Alternativas.....	13
8. Situación y riesgos de Kvothe respecto a los 15 empleados que Don Alberto menciona en su burofax.....	13
9. Impacto de la afirmación de BankSuisse sobre la hipoteca.	14
10. Recomendación concreta de estrategia legal a seguir por la Sociedad.....	15



A MarvelWeisser INC

10 de enero de 2022

Avenida de las Encinas 60, 28707,
Madrid.

1. Asunto y antecedentes.

Para emitir este informe hemos tenido en cuenta lo siguientes antecedentes:

En 1996, D. Alberto Montenegro ("**Don Alberto**"), fundó Kvothe Beer, S.A. ("**Kvothe**") Esta compañía creció de manera constante, surgiendo la necesidad de constituir otra sociedad paralela denominada Denna, S.A. ("**Denna**") dedicada a la distribución de bebidas alcohólicas.

Denna suscribió un acuerdo con Kvothe en virtud del cual Denna tenía, de forma indefinida, la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe en todo el territorio español. A su vez, Denna estaba autorizada y apoderada para contratar con terceros otros acuerdos de sub-distribución de los productos de Kvothe en los términos que considerase necesario.

En diciembre de 2018, la cifra de negocios de Kvothe atrajo el interés de MarvelWeisser Inc. (la "**Sociedad**"). La Sociedad tenía la clara intención de expandir su negocio en Europa y la compra de Kvothe era una opción perfecta. No obstante, dadas las dudas del consejo de la Sociedad, se decidió acometer la operación de compraventa de la siguiente manera:

- (i). contando con un socio financiero local, la sociedad Chetae, S.L. ("**Chetae**"). A estos efectos, la Sociedad acordó con Chetae que Chetae y la Sociedad aportarían cada uno el 50% de los fondos que no se financiaran con ayuda de terceros y que fueran necesarios para pagar el precio de compra de Kvothe; y
- (ii). obteniendo financiación de un banco tercero por un importe, al menos, equivalente al 60% del precio a pagar por la compraventa de Kvothe.

El 15 de enero de 2020, Don Alberto recibió una oferta de compra del 100% de sus acciones en Kvothe por parte la Sociedad y Chetae por un precio de 200.000.000€. Don Alberto decidió aceptar la oferta.

Para realizar la compraventa, la Sociedad y Chetae constituyeron una compañía denominada Newco Buyer, S.L. ("**Newco**") participada al 50% por las dos anteriores entidades. Newco sólo tiene una clase de participaciones sociales de un euro (1,00 €) de valor nominal cada una de ellas. A los efectos de pagar el precio de la compraventa de Kvothe y los costes asociados a la misma Newco recibió los siguientes fondos:

Entidad aportante de los fondos correspondientes	Concepto	Importe (€)
MarvelWeisser Inc.	Aportación de capital en el momento de su constitución a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	1.500,00
Chetae, S.L.	Aportación de capital en el momento de su constitución a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	1.500,00
MarvelWeisser Inc.	Aportación de capital con prima a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	39.998.500,00
Chetae, S.L.	Aportación de capital con prima a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	39.998.500,00
Banksanva, S.A.	Préstamo de adquisición concedido a Newco Buyer, S.L. como prestatario	130.000.000,00
Total	-	210.000.000,00



En el momento de realización de la operación de compraventa, la Sociedad, Chetae y Newco otorgaron un paquete de garantías a favor de Banksanva, S.A. ("**Banksanva**"). En dicho paquete se incluyeron: (i) una prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Newco; (ii) una prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe; (iii) una prenda sobre todos los derechos de crédito de Newco derivados de las posibles reclamaciones y acciones del contrato de compraventa firmado con Don Alberto; y (iv) una hipoteca a constituir una vez transcurridos los 6 meses de haber cerrado la compraventa de Kvothe y que recaería sobre el inmueble de Kvothe, sito en Torrelodones y en el que se encuentra la principal factoría y embotelladora de Kvothe.

La compraventa se formalizó el 25 de febrero de 2020 mediante el correspondiente contrato de compraventa que fue elevado a público en la misma fecha en virtud de la correspondiente escritura pública.

Como parte de los pactos de la compraventa, 15 empleados de Kvothe pasaron de estar empleados por Kvothe a estar empleados por Denna. Por otro lado, la Sociedad y Chetae suscribieron un acuerdo de socios de Newco. En virtud de dicho acuerdo todas las decisiones relativas a cualquier modificación de estatutos de Newco o cualquier operación de modificación estructural de dicha sociedad debían de ser aprobadas por unanimidad de los socios de Newco.

Dado el impacto de la pandemia en 2020, las cifras de ventas de Kvothe disminuyeron por debajo del 60% de las obtenidas en 2019. La mencionada reducción de ingresos ocasionó tensiones en Kvothe, concretamente, en el seno de su consejo de administración. Dichas tensiones desembocaron en la convocatoria de una reunión del consejo de administración el 30 de noviembre de 2021. El orden del día que se propuso para dicha reunión fue el siguiente:

- (i). Análisis de la situación financiera de la Sociedad.
- (ii). Análisis de la posibilidad de fusionar las sociedades Newco y Kvothe exposición de ventajas e inconvenientes de la misma.
- (iii). Terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna.
- (iv). Suscripción de un préstamo participativo entre la Sociedad como prestamista y Kvothe como prestatario.
- (v). Delegación de facultades
- (vi). Redacción y, en su caso, aprobación del acta de la reunión

Conviene mencionar que el consejo de Kvothe, tras la compraventa, quedó formado por: (i) D. Tyler Barron ("**Don Tyler**"); designado a propuesta de la Sociedad y quien ocupa el cargo de presidente; (ii) D. Pablo Aguirrebengoa ("**Don Pablo**"), designado a propuesta de Chetae; y (iii) Don Alberto, designado a propuesta de la Sociedad y Chetae como consejero independiente y, de conformidad con el contrato de compraventa de Kvothe obligado a permanecer en dicho puesto hasta el 31 de diciembre de 2022.

Tras la recepción de la convocatoria, Don Alberto comunicó, mediante burofax, al consejo de administración de Kvothe su intención de emprender todas las acciones legales a su alcance para defender los derechos que le asisten en virtud del contrato suscrito entre Denna y Kvothe.

Además del burofax enviado por Don Alberto, todos los miembros del consejo de administración de Kvothe han recibido:

- (i). un burofax de la sociedad Espumas de Marbella, S.A. ("**Espumas**"). En dicho burofax Espumas comunica que ha conocido que se va a resolver el contrato con Denna y le comunica a Kvothe que dicha resolución no ha de afectar en ningún caso a los



derechos de distribución en exclusiva que Espumas tiene en la actualidad para la zona de la Costa del Sol; y

- (ii). un correo electrónico del banco BankSuisse, S.A. ("**BankSuisse**") que tiene concedida a Kvothe una línea de financiación de circulante por importe de 10.000.000€. En dicho correo, BankSuisse pregunta por la situación patrimonial de Kvothe y, además, por la hipoteca constituida sobre el inmueble de Torreledones que alberga la factoría y embotelladora de Kvothe y de la cual no tenían noticia.

2. Posibles acciones de Denna frente a Kvothe en virtud del contrato de distribución suscrito con Kvothe y defensas de las que dispone Kvothe.

Lo primero que se debe poner de manifiesto es que el contrato firmado entre Denna y Kvothe es un contrato de agencia ya que en él concurren los elementos principales enunciados por el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia ("**LCA**"). Este precepto define el contrato de agencia como aquel por el que "*una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones*".

Los elementos descritos por la Ley los encontramos en que Denna lleva distribuyendo los productos de Kvothe durante al menos 10 años, lo que encaja con la continuidad que exige la normativa aplicable. Adicionalmente, los antecedentes describen la facultad de Denna de suscribir contratos de compraventa y acuerdos de sub-distribución con terceros en nombre de Kvothe, poniendo de manifiesto la facultad de Denna de contratar por cuenta y en nombre ajenos como intermediaria independiente. Por todo ello, queda claro que el contrato suscrito entre estas dos partes es un contrato de agencia.

En virtud de lo anteriormente expuesto y ante una resolución anticipada del contrato por parte de Kvothe, Denna podría interponer las siguientes acciones:

- (i). **Indemnización por clientela.** El principal argumento a esgrimir por Denna para defender su derecho a recibir esta indemnización sería mantener que cumple los requisitos del artículo 28 LCA para recibir dicha indemnización. Es decir, que su labor se ha traducido en (i) aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones con los clientes preexistentes, siendo preciso recalcar que dichos incrementos son directamente imputables a su actividad personal¹; y (ii) que su actividad continúa produciendo ventajas sustanciales a Kvothe y que la resolución anticipada del contrato le afectará negativamente.

Por su parte Kvothe, debería defender que los requisitos del artículo 28 LCA no se cumplen porque Denna no ha conseguido nuevos clientes ni incrementado la clientela preexistente. A ello podría añadirse que, como se describe en los antecedentes, las cifras de ventas de Kvothe en 2020 han disminuido por debajo del 60% de las obtenidas en 2019, y que en 2021 también las ventas también se han visto reducidas. A pesar de que uno de los motivos de dicha reducción es la crisis del COVID-19, es posible que Kvothe argumente que Denna no ha sido diligente y no ha realizado correctamente su trabajo².

Por último, Kvothe debería hacer énfasis en que la actividad anterior de Denna no va a continuar produciéndole ventajas sustanciales, ya que como se ha mencionado

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 284/2008.

² En este sentido conviene mencionar la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 107/2003 de 19 de noviembre de 2003*, la cual señala la importancia de la captación de clientes a la hora de discernir si corresponde o no otorgar una indemnización por clientela.



anteriormente no ha habido incremento de clientes, sino una reducción drástica de las ventas a causa del COVID-19 y de la mala gestión de Denna su sus labores como agente. Tampoco es equitativamente procedente que se otorgue una indemnización de clientela a Denna, ya que bajo el contrato no existen pactos de limitación de competencia que restrinjan la futura actividad comercial de Denna en ningún lugar de España, ni existen comisiones pactadas que Denna vaya a dejar de recibir por la resolución del contrato.

- (ii). **Indemnización por daños y perjuicios.** En este caso, el argumento que debería esgrimir Denna es que la falta del preaviso recogido en el artículo 25 LCA le habilita para solicitar la indemnización por daños y perjuicios de acuerdo con el artículo 29 LCA. Esto se debe a que este último precepto establece que *"el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente"*.

Por su parte, Kvothe debería argumentar que el preaviso se va a cumplir, la única intención de la reunión del consejo de administración de Kvothe es decidir sobre si resolver o no el contrato con Denna, pero no llevar a cabo la resolución en ese momento. Ello significa que, si se opta por la resolución del contrato con Denna, Kvothe daría el preaviso a Denna antes de terminar su contrato. En consecuencia, al cumplirse el preaviso, el cual debería ser de 6 meses (artículo 25 LCA) Denna no estaría legitimada a solicitar la indemnización por daños y perjuicios.

Es importante recalcar **que la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios son acumulables.** Esta afirmación viene recogida en el artículo 29 LCA cuando este expresa que *"sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato"*³.

- (iii). Por último, se debe mencionar que la Disposición Adicional 1ª punto sexto LCA, reconoce al distribuidor, en caso de extinción del contrato, el derecho a **"percibir las siguientes cantidades en concepto de compensación o indemnización por los conceptos que se indican:**
- (a) *El importe correspondiente al valor de las inversiones específicas pendiente de amortización en el momento de la extinción del contrato.*
 - (b) *Una indemnización por clientela que en ningún caso podrá ser inferior al importe medio anual de las ventas efectuadas por el proveedor al distribuidor durante los últimos cinco años de vigencia del contrato, o durante todo el período de vigencia del contrato si éste hubiese sido inferior.*
 - (c) *Las indemnizaciones del personal laboral del que haya tenido que prescindir el distribuidor por la extinción del contrato.*
 - (d) *Asimismo, en cualquier caso de extinción del contrato, el proveedor vendrá obligado a adquirir del distribuidor todas aquellas mercancías que se hallen en poder de este último, al mismo precio por el que hubieren sido vendidas."*

El último argumento que podría esgrimir Kvothe es que Denna ha incumplido alguna de sus obligaciones contractuales y, por ello, Denna no tendría derecho a la indemnización por clientela o indemnización por daños y perjuicios (artículo 30 (a) LCA).

³ Rubio Torrano, Enrique, "Contratos de distribución: indemnización por clientela".



Análisis del peor escenario en el que se podría encontrar Kvothe si decide terminar, en todo caso, el contrato suscrito con Denna.

El peor escenario para Kvothe sería aquel en que debería pagar tanto la indemnización por clientela como la indemnización por daños y perjuicios, además de los conceptos incluidos en la Disposición Adicional 1ª punto sexto LCA. En este último punto, concretamente en el apartado tercero del punto sexto de la Disposición Adicional 1ª LCA se deberían incluir los gastos que conllevaría prescindir de los 15 trabajadores que, como consecuencia de los pactos de compraventa, pasaron de estar empleados por Kvothe a trabajar para Denna. Adicionalmente, deberían englobarse cualesquiera empleados de los que Denna se viese obligado a prescindir.

3. Posibles acciones de Kvothe y Newco frente a Don Alberto derivadas de su relación con Kvothe y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe.

Acciones ejercitables derivadas de la relación de Don Alberto con Kvothe

Lo primero en lo que se debe hacer hincapié es en la base en la que debería apoyarse cualquier acción que se ejercite frente a Don Alberto. Dicha base se encontraría en la infracción del artículo 228 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("**LSC**"). Este precepto recoge las obligaciones derivadas del deber de lealtad impuesto a los administradores de cualquier sociedad. En el caso concreto de Don Alberto, podría argumentarse la infracción de los apartados b) y e) del artículo mencionado. Estos apartados hacen referencia a la obligación de guardar secreto y a la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto.

Conviene puntualizar que el artículo 228 b) LSC se refiere al deber de guardar secreto sobre aquellas informaciones que haya recibido el administrador en cuestión por razón de su cargo. En consecuencia, la infracción del deber de secreto por parte de Don Alberto vendría ocasionada por la información compartida por Don Alberto con Espumas Marbella por la que informa a dicha sociedad de la intención de Kvothe de resolver el contrato con Denna.

Una vez establecido el motivo, las primeras acciones que podrían adoptarse frente a Don Alberto serían la **acción de cesación y la acción de remoción de efectos**. La acción de cesación implica exigir el cese en la realización de la concreta actuación infractora del deber de lealtad, en la prohibición de iniciar dicha actuación infractora o en la prohibición de reiniciarla o repetirla. Por su parte, la acción de remoción consiste en reconstruir el estado de las cosas al estado que existía antes de cometerse la infracción. En particular, esta acción de remoción comprendería, por ejemplo, la devolución de la documentación confidencial que Don Alberto hubiese compartido con Espumas.

Otra opción, sería optar por el **cese de Don Alberto como consejero independiente**. De acuerdo con el artículo 223 LSC la separación de cualquier administrador debe aprobarse en sede de la junta general y no es necesario que conste en el orden del día. En consecuencia, lo que podría llevar a cabo Newco (debiendo ponerse de acuerdo Chetae y la Sociedad), al ser el socio único, sería reflejar en un acta de decisiones del socio único su decisión de cesar a Don Alberto debido a que éste tiene intereses contrapuestos a la sociedad (infracción del deber de lealtad, artículo 228. e) LSC).

En cuarto lugar, se encuentra la **acción de responsabilidad**. Ambas acciones se pueden ejercitar de forma cumulativa dado que el artículo 232 LSC recoge que el ejercicio de la acción de responsabilidad "*no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos*". Dentro de la acción de responsabilidad, existen dos opciones:



- (i). la **acción social**: en virtud del artículo 238 LSC esta acción deberá entablarse por Kvothe, previa decisión de Newco (debiendo ponerse de acuerdo Chetae y la Sociedad), aunque no conste en el orden del día; y
- (ii). la **acción individual**: en virtud del artículo 241 LSC los socios de Newco tendrían derecho a ejercitar la acción individual de responsabilidad si los actos de Don Alberto han lesionado directamente sus intereses.

Finalmente, es importante incluir que también es posible ejercitar la acción de **indemnización por daños y perjuicios**, dado que la vulneración del deber de lealtad por los administradores es un remedio arquetípico atribuido a la sociedad ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales por su contraparte (artículo 227.2 LSC).

Acciones ejercitables derivadas de la relación de la compraventa suscrita con Don Alberto

En virtud de la relación de compraventa y debido a la falta de entrega de documentación relevante por parte de Don Alberto, Newco podría reclamar por vicios ocultos. El artículo 1.484 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil ("**CC**") recoge la obligación del vendedor de responder por los posibles defectos ocultos que pueda tener la cosa vendida, y en concreto, recoge la obligación de saneamiento del vendedor. Esta obligación está condicionada a que los **vicios o defectos ocultos** hagan impropia la cosa para el uso a que se la destina, o disminuyan de tal modo el uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. En el caso que nos ocupa, la Sociedad y Chetae, de haber conocido la existencia del contrato entre Kvothe y Espumas podrían haber tomado una decisión diferente o haber establecido un precio diferente. Por ello, y teniendo en cuenta que, aunque desde Newco se hizo un proceso de revisión legal, al no haber tenido acceso ni conocimiento al contrato, no pudieron tomar una decisión fundada a la hora de adquirir Newco.

Conviene puntualizar que el régimen del CC para los vicios o defectos ocultos recoge un plazo de caducidad de seis meses para las acciones de los artículos 1.484 a 1.488 CC. Dicho plazo tiene como *dies a quo* el momento en el que se hace entrega de la cosa vendida. Ello implica que el plazo de seis meses mencionado previamente habría empezado a contar desde el 25 de febrero de 2020, habiéndose agotado en agosto de 2020. En consecuencia, **no sería posible reclamar por vicios o defectos ocultos**.

4. Posibles acciones de Don Alberto frente a Newco, Chetae o la Sociedad como miembro del consejo de Kvothe.

Frente a las acciones mencionadas anteriormente, Don Alberto podría ejercitar la **acción de impugnación de acuerdos sociales** frente a Newco. Según el artículo 204 LSC, "*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*". Y, adicionalmente, en virtud del artículo 206 LSC Don Alberto, al ser administrador de Kvothe, estaría legitimado para la impugnación de los acuerdos sociales. De acuerdo con lo anterior, Don Alberto podría argumentar que el ejercicio de las acciones de responsabilidad o de separación del cargo son contrarias a los intereses de la sociedad. Ello se basaría en que cuando se efectuó la compraventa de Kvothe los socios de Newco solicitaron que Don Alberto permaneciese en su cargo hasta el 31 de diciembre de 2022 debido a que necesitaban su conocimiento y experiencia. En este sentido, prescindir de sus servicios o argumentar que Don Alberto no comparte el interés de la sociedad no es correcto.

5. Incógnitas en relación con el pacto de socios suscrito por la Sociedad y Chetae.

- (i). **Opción de venta ejercitable por Chetae que permite a dicha sociedad vender todas sus participaciones de Newco a la Sociedad si los**



resultados financieros de Kvothe en tres años consecutivos son inferiores al plan de negocio adjunto a dicho contrato de socios.

El proceso que debería llevar a cabo Chetae para ejercer la opción de venta de la que goza según el pacto de socios suscrito por Chetae y la Sociedad sería el que se hubiese dispuesto en dicho pacto parasocial. En los pactos parasociales suelen incluirse tanto opciones de compra (*call options*) como opciones de venta (*put option*). Y, en relación con el ejercicio de dichas opciones, los pactos parasociales suelen incluir los siguientes elementos: (i) las condiciones previas al posible ejercicio de la opción de venta; (ii) la antelación con la que se debe comunicar el ejercicio de dicha opción; (iii) el precio que se pagará por las acciones; (iv) y la obligación de comprar del socio o socios que no gozan de la opción de venta.

Es importante recalcar que, en todo momento, la transmisión de acciones que se lleve a cabo bajo la opción de venta recogida en el pacto firmado por Chetae y la Sociedad debe entenderse como una transmisión voluntaria de acciones y, en consecuencia, deberá seguirse el proceso descrito por las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales (artículo 120 LSC).

(ii). Ley aplicable a controversias que surjan del pacto de socios.

El hecho de que la Sociedad y Chetae pactaran que cualquier discrepancia derivada del pacto de socios se sometería a los tribunales de Madrid influye en la aplicación del reglamento determinante de la ley aplicable. Al juzgarse las discrepancias o conflictos por los tribunales de Madrid se hace posible la aplicación del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) ("**RR I**").

RRI es un reglamento europeo que se emplea para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Para que su aplicación sea válida deben cumplirse cuatro ámbitos: (i) el ámbito espacial; (ii) el ámbito material; (iii) el ámbito temporal; y (iv) el ámbito personal. En el supuesto que nos ocupa se cumplen de la siguiente manera:

- (i). **Ámbito espacial:** El RR I es de aplicación en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, por lo que no habría inconveniente al ser los tribunales de Madrid quienes van a juzgar la controversia.
- (ii). **Ámbito temporal:** El RR I es de aplicación a los contratos concluidos a partir de 17 de diciembre del 2009. El pacto de socios se celebró en 2020, por lo que este ámbito también se cumple.
- (iii). **Ámbito personal:** El RR I es una norma de aplicación universal o lo que es lo mismo, es "*erga omnes*", según el art. 2 del RR I, por lo que este ámbito también se cumple.
- (iv). **Ámbito material:** El RRI se aplica a las discrepancias que surjan en torno a obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, pero el artículo 1.2.f) excluye del ámbito de aplicación de RRI las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades. Un pacto de socios se considera como materia societario y, en consecuencia, no es aplicable RRI.

Una vez establecida la no aplicabilidad del RRI, la vía restante es la del CC, ya que, como se ha mencionado previamente, serán los juzgados de Madrid quienes conocerán de la controversia. El artículo 9.11 CC establece que: "*la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.*" El pacto de socios suscrito por la Sociedad y Chetae regula el funcionamiento de Newco, sociedad constituida en España y que, por tanto, tiene nacionalidad española. En



consecuencia, la ley aplicable a cualquier controversia que surja a raíz del pacto de socios suscrito por la Sociedad y Chetae se regirá por la ley española.

6. Complicaciones que podrían derivarse para Kvothe del contrato suscrito por Espumas.

(i). Acciones que puede interponer Espumas frente a la Sociedad.

El contrato firmado por Espumas está suscrito con Kvothe, no con la Sociedad, por lo que las acciones que tendrá disponibles Espumas frente a la Sociedad se limitan a las extracontractuales. En la responsabilidad civil extracontractual se presupone un daño, independiente de cualquier relación jurídica preexistente entre las distintas partes. El artículo 1.902 CC establece que el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, estará obligado a reparar el daño causado. El plazo de prescripción para el ejercicio de esta acción es de un año (artículo 1.968 CC).

Por su parte, el contrato existente entre Espumas y Kvothe es un contrato de distribución, independiente del contrato de agencia existente entre Denna y Kvothe. Este es un contrato atípico, aunque similar al contrato de agencia. La doctrina define el contrato de distribución como aquel "*que tenga por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable*"⁴ o como "*aquel contrato en virtud del cual un empresario (concesionario o distribuidor) se compromete, a cambio de una contrapartida, a promover en nombre y por cuenta propia, la reventa de los productos de otro empresario (fabricante o concedente) en un territorio determinado, integrándose el concesionario/distribuidor en la red distributiva del concedente*"⁵.

Como se ha mencionado previamente, el contrato de distribución es un contrato atípico, lo que implica que no existe regulación en la que se pueda comprobar qué acciones están en manos del distribuidor. Sin embargo, existe jurisprudencia que defiende la aplicación analógica de los preceptos contenidos en los artículos 28 y 30 LCA, al supuesto de contratos de concesión o distribución⁶. En consecuencia, si el distribuidor prueba la concurrencia de los requisitos del artículo 28 LCA (recogidas en el apartado 2(i) de este informe) se podría exigir una indemnización por clientela, así como una indemnización por daños y perjuicios.

(ii). Consecuencias de la falta de entrega del contrato suscrito entre Kvothe y Espumas a Newco.

Durante todo proceso de revisión legal o *Due Diligence*, un equipo jurídico busca: (i) identificar aspectos relevantes de la sociedad objetivo o *target*; (ii) modular las obligaciones de las partes; (iii) identificar áreas de riesgo; y (iv) prevenir a los clientes de circunstancias que pudieran originar futuros incumplimientos. En estos procesos se enfrenta la obligación de la parte inversora de informarse, con la obligación de la parte vendedora de informar sobre determinados datos de su negocio. El resultado de todo estudio de esta índole es el denominado informe de *Due Diligence*. Estos informes permiten identificar las inconsistencias existentes en la información concedida, a fin de introducir en los contratos de compraventa las manifestaciones y garantías necesarias ("*Representations and Warranties*") para su regulación. Como vía para la regulación de dichas *Reps & Warranties*, es muy frecuente la inclusión de una serie de medidas correctoras que regulan el cumplimiento e incumplimiento de las mismas⁷. En este sentido, es posible encontrar en los contratos de compraventa

⁴ Serrano Santamaría, Ana, "*La denuncia unilateral del contrato de distribución y la indemnización por clientela*"

⁵ Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, "*Manual de Derecho Mercantil Vol. II. Contratos Mercantiles. Derecho de los Títulos-Valores. Derecho Concursal*".

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 829/2008 de 15 de enero de 2008.

⁷ Hernando Cebriá, Luis, "*La incidencia de la Legal Due Diligence ("revisión legal") en la contratación mercantil contemporánea*".



cláusulas de: (i) ajustes en el precio; (ii) aseguramiento de responsabilidades; o (iii) regulación de responsabilidad por vía contractual.

En el caso que nos ocupa, el vendedor, Don Alberto no informó de la existencia del contrato suscrito con Denna, por lo que dicho contrato no pudo revisarse en el proceso de *Due Diligence* que llevaron a cabo los asesores de Newco. Para conocer las consecuencias de la falta de entrega del contrato en cuestión existen dos vías:

- a. acudir al régimen de responsabilidad del contrato de compraventa y analizar si se ha dispuesto una rebaja del precio o una cantidad máxima por la que puede responder el vendedor. Conviene puntualizar que, en términos generales, el régimen de *Reps & Warranties* reduce los plazos de estas incorrecciones a un máximo de 2 años, por lo que habiéndose formalizado la compraventa el 25 de febrero de 2020, el plazo que resta es escaso.
- b. acudir a una reclamación por vicios ocultos (artículo 1.484 CC, como se explica en el apartado tercero de este informe). Es preciso recordar que, el CC establece un plazo de caducidad de seis meses a contar desde la entrega de la cosa vendida para el ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos. Ello significa que, al haberse entregado la cosa vendida (Kvothe) el 25 febrero de 2020, el plazo para reclamar se habría agotado.

En conclusión, las consecuencias de la falta de entrega de documentación por parte de Don Alberto serían económicas y dependerían de lo establecido en el contrato de compraventa. Si no se hubiese establecido nada en el contrato, dado que el plazo para las reclamaciones recogidas por el CC se ha agotado, no existiría vía alternativa.

(iii). Consecuencias del traspaso de información a Espumas por parte de Don Alberto.

La entrega de información por Don Alberto a Espumas conlleva una flagrante vulneración de su deber de lealtad como miembro del consejo de administración de Kvothe. Concretamente conlleva una infracción del artículo 228. b) LSC, que establece que el deber de lealtad obliga a un administrador a guardar el secreto sobre las informaciones a las que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. Las principales consecuencias que conlleva la infracción cometida por Don Alberto son (i) la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social; (ii) la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido; y (iii) el posible ejercicio, por parte de la sociedad y sus socios de las acciones de responsabilidad social recogidas en la LSC y descritas en el apartado tercero de este informe.

7. Incógnitas de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe.

(i). Adopción de acuerdos por Don Tyler y Don Pablo pese a la ausencia de Don Alberto.

Sí puede. Esto se debe a que el artículo 248.1 LSC establece que "*en la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión*". Es decir, si acuden dos consejeros a la reunión sería necesario el voto favorable de más de la mitad (uno) para su adopción. Como esto ocurre el acuerdo estaría válidamente adoptado.

(ii). Adopción de acuerdos por Don Tyler y Don Pablo pese a la comparecencia y voto en contra de Don Alberto.

De nuevo, sería posible ya que el artículo 248.1 LSC exige que los acuerdos en sede del consejo se aprueben por mayoría absoluta de los concurrentes, es decir, por más de la mitad



de los asistentes. Al haber dos votos a favor y ser tres los consejeros se debe entender el acuerdo como válidamente adoptado.

No obstante, es importante mencionar la posibilidad de Don Alberto de impugnar dicho acuerdo social en virtud del artículo 204 y alegando que dicho acuerdo ha sido impuesto de manera abusiva por la mayoría.

(iii). Derecho de comparecencia en el consejo de Don Alberto.

Sí, Don Alberto tendría derecho a comparecer. El problema surge en torno a si tiene derecho a votar respecto a todos los acuerdos. El artículo 228, c) LSC establece que el derecho de lealtad obliga al administrador a "*abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.*" Por tanto, sería cuestionable que Don Alberto votase sobre la terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna, al ser él socio en dicha sociedad.

No obstante, conviene apuntar que si se plantean acuerdos que afecten a la condición de administrador de Don Alberto (como un acuerdo de cese o separación), de acuerdo con el mismo precepto la obligación de abstención no aplica.

(iv). Adopción por el consejo de administración, pese a no estar en el orden del día, de un acuerdo para exigir responsabilidades a Don Alberto. Alternativas.

No, el consejo no podría adoptar este acuerdo. El órgano encargado de exigir responsabilidades a los administradores es la junta general. El artículo 238 LSC claramente establece que "*la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día*". En consecuencia, lo que deberían hacer sería convocar una junta extraordinaria y adoptar, en el seno de la junta, el acuerdo para exigir responsabilidades a Don Alberto.

8. Situación y riesgos de Kvothe respecto a los 15 empleados que Don Alberto menciona en su burofax.

El 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 ("**ET**") en su artículo 44, recoge tres supuestos que pueden dar lugar a una sucesión de empresa y que, por tanto, implican la subrogación del nuevo empleador en la posición del antiguo empleador. Estos supuestos son: la transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva.

En el supuesto que nos ocupa, aunque ha habido un cambio de titularidad de Kvothe este no se produce entre Denna y Kvothe sino entre Kvothe y Newco. Lo que ocurre entre Kvothe y Denna es que se produce un traspaso de quince empleados. Este traspaso podría intentar subsumirse en una transmisión de unidad productiva del artículo 44 ET y, de esta manera, entender que Denna se subroga en la posición de empleadora. Sin embargo, esto no es posible porque, según la doctrina jurisprudencial española, para la operatividad del mecanismo jurídico de la subrogación prevista en el artículo 44 ET, es precisa la concurrencia de dos requisitos: (i) autonomía, es decir, que la unidad productiva que se transmite constituya un conjunto de elementos productivos o patrimoniales dotado de suficiente autonomía funcional; y (ii) continuidad, es decir, la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios.

En el presente caso podría considerarse que faltan ambas, ya que puede ser difícil entender el traspaso de trabajadores como un traspaso de una unidad patrimonial con vida propia susceptible de explotación y transmisión separada. En aquellos sectores (como puede ser la limpieza o la vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma



duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior⁸. Sin embargo, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad⁹.

Si aplicamos lo anterior a Kvothe y Denna y al sector de la fabricación y distribución de bebidas alcohólicas, llegamos a la conclusión de que no se puede apreciar la concurrencia de una sucesión de empresa. Al contrario, en este caso nos encontramos ante una cesión de trabajadores que puede ser considerada como ilegal. El supuesto de cesión ilegal de trabajadores viene recogido en el artículo 43 ET y el precepto establece que: "*se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria*". Teniendo en cuenta que:

- (i). la actividad de Denna es la de la distribución de bebidas alcohólicas, tarea que conlleva la necesidad de trabajar con maquinaria pesada como embotelladoras, selladores, camiones, etc.;
- (ii). los trabajadores transmitidos de Kvothe a Denna eran quince y no suponen un número significativo ya que Kvothe lleva operando durante más de veinte años y dispone de cientos de trabajadores; y
- (iii). Don Alberto alega que los quince trabajadores que pasaron de Kvothe a Denna deben volver a transmitirse si se resuelve el contrato con Denna,

es muy probable que pueda considerarse que Kvothe y Denna incurrieron en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

Los riesgos que conlleva una cesión ilegal de trabajadores se resumen en que los empresarios, cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos (artículo 43.3 ET). Adicionalmente, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria (artículo 43.4 ET).

9. Impacto de la afirmación de BankSuisse sobre la hipoteca.

El motivo por el que BankSuisse alega la falta de conformidad de la promesa de hipoteca está vinculada con la prohibición de asistencia financiera que contempla el ordenamiento jurídico español. El ordenamiento jurídico español contempla una prohibición en virtud de la cual (i) una sociedad anónima no puede anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero (artículo 150.1 LSC); y (ii) una sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca (artículo 143.2 LSC).

⁸ Gómez Arbós, Juan, "*La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET*".

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 4470/2008 de 17 de junio de 2008.



En el caso que nos ocupa, Kvothe otorga una promesa de hipoteca sobre uno de sus activos esencial para garantizar la adquisición de sus acciones. El otorgamiento de esta garantía y las circunstancias que la rodean son claramente subsumibles en un supuesto de asistencia financiera prohibida, por lo que sería necesario buscar una vía que permitiese otorgar e inscribir la hipoteca sin incurrir en la prohibición de asistencia financiera recogida en la normativa citada previamente.

En pos de evitar caer en esta prohibición de asistencia financiera existen distintas vías, pero la más frecuente es que la sociedad adquiriente y la sociedad *target* se fusionen, consiguiéndose de este modo: (i) que el patrimonio de la segunda quede vinculado de modo directo al repago de la deuda contraída para la adquisición; y (ii) que sea la propia sociedad generadora de los recursos con los que se habrá de satisfacer la deuda de adquisición la que, en virtud de la sucesión universal que acarrea la fusión, quede obligada de modo directo a la devolución de la deuda¹⁰.

Si aplicamos lo anterior a nuestro caso, Newco debería absorber a Kvothe siguiendo lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles ("**LME**") para poder otorgar e inscribir la hipoteca sin incurrir en la prohibición de asistencia financiera contemplada en la LSC. El mencionado artículo 35 LME exige que: (i) el proyecto de fusión incluya los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos; (ii) el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión indique la justificación de la adquisición del control o de los activos y de la operación de fusión, además de que incluya un plan económico y financiero, con expresión; y (iii) el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión contenga un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

10. Recomendación concreta de estrategia legal a seguir por la Sociedad.

La recomendación de estrategia legal que consideramos correcta es, en primer lugar, exigir responsabilidades a Don Alberto. Esto se traduce en la necesidad de interponer acciones frente a Don Alberto por el incumplimiento de su deber de lealtad. Esta acción tiene una muy alta probabilidad de prosperar, ya que Don Alberto ha infringido los elementos principales de su deber como consejero al no guardar el secreto que exige el artículo 228 LSC y por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar incurrir un conflicto de intereses. Es importante recordar que la Sociedad y Chetae deberán nombrar a un nuevo consejero si quieren mantener el consejo de administración como órgano de administración de Kvothe, ya que la LSC exige un mínimo de tres miembros para mantener un consejo de administración.

El siguiente punto relevante dentro de la estrategia legal que debería seguir la Sociedad es decidir si mantener o no los contratos suscritos con Denna y Espumas. A la hora de tomar esta decisión conviene tener en cuenta que ambas sociedades llevan prestando servicios a Kvothe durante varios años y que, probablemente, gracias a ellos se hayan establecido grandes bases de clientela. La terminación de los contratos con ambas sociedades conllevaría un gasto muy alto que, si la Sociedad no dispone de otros posibles agentes/distribuidores puede no ser la mejor opción. No obstante, si la Sociedad procede a desvincular a Don Alberto de su cargo como administrador no es aconsejable mantener una relación contractual con Denna, ya que el fundador de dicha sociedad es el mismo Don Alberto.

Asimismo, es importante llevar a cabo el proceso de fusión descrito en el apartado noveno de este informe. Dicha fusión permitirá sortear la prohibición de asistencia financiera recogida en los artículos 150 y 143 LSC. Esto se debe a que si Newco absorbe a Kvothe sería la propia Newco, como titular de los activos, quien otorgue la hipoteca sobre la fábrica de Kvothe. Esto

¹⁰ Hernández Bengoa, Andoni y Ruiz-Gallardón, Alejandro, "*Leveraged Buyouts*" en "*Operaciones Mercantiles y Productos de Inversión en los Mercados Financieros*".



EEH ABOGADOS, S.L.P.
Paseo de la Castellana 110
28046, Madrid
TEL: +34 91 359 47 03

permitiría que no hubiese obstáculos a la hora de otorgar e inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad.