



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario de Derecho de la Empresa

Autor

Simón-Alfonso Pobes Vallés

Tutor

D. Ramón Fernández-Aceytuno Sáenz de Santamaría

Madrid

Enero de 2021



Pobes Vallés

INFORME LEGAL

De: Pobes Vallés Abogados, S.L.P.

Para: MarvelWeisser Inc.

Asunto: Sobre las distintas cuestiones jurídicas planteadas respecto de la operación de adquisición de Kvothe Beer, S.A. por NewCo Buyer, S.L. y, en particular: contratos de distribución, defecto de información sobre el objeto vendido, responsabilidad social de los administradores y garantías de la operación, entre otros aspectos.

Fecha: 10 de enero de 2022

Estimado Sr./Sra.,

Mediante el presente informe legal, procedemos a dar tratamiento a las distintas cuestiones que usted nos ha planteado con respecto a la operación en análisis. Se ha procurado dar respuesta a todas las preguntas propuestas, vertiendo información adicional sobre los conceptos jurídicos que requieren mayor detenimiento.

Se advierte de que el tratamiento de las cuestiones planteadas no seguirá estrictamente el orden con que han sido propuestas. De este modo, las cuestiones segunda y tercera serán analizadas tras la octava, precediendo a su vez a la conclusión de este escrito, que contendrá la línea de actuación recomendada al cliente.

Esperamos que el informe les resulte claro y suficiente. Quedamos pendientes de su respuesta y a su disposición para cualquier aclaración que sea precisa.

Sin otro particular, se procede a dar respuesta a tales cuestiones.

Primera. Sobre las acciones que Denna, S.L. podrá interponer contra Kvothe Beer, S.A. respecto del contrato de distribución que media entre ellas, así como las defensas que ésta podrá argüir frente a aquella. Peor escenario para Kvothe Beer, S.A.

Para dar tratamiento a las cuestiones ahora planteadas es preciso que, en primer lugar, se califique jurídicamente el contrato suscrito entre Kvothe Beer, S.A (en adelante, “**Kvothe**”) y Denna, S.L. (en adelante, “**Denna**”). *Los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son*; ello de acuerdo con la regla interpretativa sostenida invariablemente por nuestra doctrina y jurisprudencia. Dicho esto, aunque el mencionado contrato haya sido descrito como uno de “distribución”, concluyo de modo distinto: **nos hallamos ante un contrato de agencia.**

Tradicionalmente, se considera que los contratos de distribución en un sentido jurídicamente estricto son sólo aquellos cuya función típica es la distribución descendente indirecta, es decir, aquellos que confían la comercialización de productos en empresarios que actúan de un modo autónomo, asumiendo los riesgos de dicha actividad (así, la concesión mercantil, el contrato de distribución selectiva y el de franquicia). Sin embargo, el concepto económico de la distribución es más amplio que su acepción jurídica estricta, y por ello también es posible sostener -desde esta perspectiva económica -que *contrato de distribución* lo será todo aquel que, siendo mercantil y sinalagmático, sea apto para el fin distributivo de productos. Esta segunda forma de conceptualizar de los contratos de distribución abarcaría, por tanto, la comisión mercantil, la mediación, el suministro y otros como, precisamente, el contrato de agencia.

Hecho este inciso, sostengo que es un contrato de agencia **por los siguientes motivos**: (i) el carácter duradero del contrato, (ii) la independencia del agente -Denna-, con organización propia y autónoma, (iii) los contratos que suscribe Denna en ejecución de sus obligaciones como agente lo son por cuenta de Kvothe y no por cuenta propia -factor típicamente diferencial respecto de los contratos de distribución en un sentido estricto-, y (iv) la no asunción del riesgo y la ventura de las operaciones que el agente realice en tal concepto.

Esta calificación del contrato implica su sujeción a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia (en adelante, “**LCA**”). Sobre la base de los datos proporcionados, y teniendo en cuenta que para este contrato se ha pactado una duración indefinida, el principal -Kvothe- goza, de acuerdo con el artículo 25 LCA, de un **derecho de terminación unilateral** del contrato, mediando denuncia previa. Esta denuncia previa o preaviso, dada la duración indefinida del contrato, deberá hacerse con al menos seis meses de antelación a la fecha prevista para la terminación del contrato. El incumplimiento de la obligación de preaviso no invalida la terminación del contrato de acuerdo con la doctrina generalizada, sino que sólo fundaría el ejercicio por parte de Denna de una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en las normas generales de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil (en adelante, “**CC**”). No debe perderse de vista que no respetar el preaviso de seis meses podría ser calificado incluso como un acto de competencia desleal al amparo del artículo 16.3.a) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, “**LCD**”).

La terminación unilateral del contrato otorgaría a Denna, al amparo de los artículos 28 y 29 LCA, a reclamar (i) la **indemnización por clientela**, y (ii) la **indemnización de daños y perjuicios**.

A su vez, para reclamar la **indemnización por clientela** (art. 28 LCA), Denna deberá acreditar: (a) que su gestión ha incrementado la clientela y los ingresos de Kvothe; (b) que su actividad anterior puede seguir generando ventajas para el principal; y (c) lo equitativo de la indemnización, según las circunstancias. Este tercer factor sería, presumiblemente, el de más compleja acreditación, dada la inexistencia de pactos de limitación de competencia y que, incluso, haya sido concedida exclusividad territorial en favor de Denna.

Si Denna pretendiera reclamar, adicionalmente, **una indemnización de daños y perjuicios** al amparo del artículo 29 LCA, deberá probar que la extinción anticipada no le ha permitido amortizar gastos que hubiera realizado por instrucción de Kvothe. Al respecto, Denna podría hacer referencia a los quince empleados que ha contratado recientemente como consecuencia de la compraventa de Kvothe. En su defensa, Kvothe podría defender que tal movimiento de trabajadores se debe a un oportuno ajuste laboral, evitando confusión de plantillas y regularizando la situación preexistente, ya que esos trabajadores venían desempeñando sus funciones, en la práctica, para Denna. Tal contratación no fue impuesta por el principal, sino convenida y aceptada por ambas partes para evitar que pudiera apreciarse un *grupo patológico* a efectos laborales (cuestión que será expuesta con más detalle posteriormente).

Kvothe, por lo tanto, podrá extinguir unilateralmente el contrato. El **peor escenario** que podría derivarse de ello sería que, tras la extinción, le fuera reconocido a Denna el derecho a la indemnización por clientela (cuya cuantía máxima sería el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años) y el derecho a la indemnización por daños y perjuicios, por la cuantía que se determine judicialmente. De no respetarse el preaviso, podrá afrontarse igualmente la indemnización por daños y perjuicios que pudiera imponerse por razón del carácter desleal de la conducta (16.3.a) y 32.1 LCD) o con motivo de la terminación sorpresiva del contrato (1101 y siguientes del CC; para cuantificar esta indemnización, se parte de la media mensual de las remuneraciones que el agente ha percibido durante el último año de vigencia del contrato, para posteriormente aplicar el resultado a los meses de preaviso que no fueron respetados).

Cuarta. Sobre el ejercicio de la opción de venta contenida en el pacto de socios. Ley aplicable al pacto de socios desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

Por cuanto se refiere a la opción de venta concedida en favor de Chetae, S.L. (en adelante, “**Chetae**”) sobre el 50% de las participaciones de NewCo Buyer, S.L. (en adelante, “**NewCo**”), debe advertirse en primer lugar que es un contrato fundamentalmente atípico. En consecuencia, el procedimiento para su ejercicio **dependerá, primeramente, de lo pactado entre las partes**. Del pacto entre las partes dependerán cuestiones como:

- (i) el plazo para el ejercicio de la opción;
- (ii) la notificación de su ejercicio y el método con que debe hacerse;
- (iii) el método de cálculo del precio de ejercicio de la opción, así como la forma de verificar si tal cálculo se ha realizado correctamente; o
- (iv) es frecuente incluir el otorgamiento de un poder irrevocable en favor del optante para que realice en nombre del concedente cuantos actos sean precisos para la transmisión.

No obstante, es preciso señalar una serie de **actuaciones y requisitos** que serán precisos para que el ejercicio de la opción conduzca a una **correcta y válida transmisión de las participaciones** de NewCo:

- (i) otorgamiento de escritura pública de compraventa de participaciones (106 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**”);
- (ii) autorización de la Junta General de NewCo a los efectos del artículo 160.f LSC;
- (iii) certificación del acta de la Junta General de NewCo acreditando que se cumplen los requisitos legales y estatutarios para la transmisión (107 LSC);
- (iv) exhibir al notario los títulos de propiedad de las participaciones;
- (v) acreditar la transmisión mediante certificación del Libro Registro de Socios (108 LSC);

- (vi) declaración de unipersonalidad de la sociedad en la misma escritura de compraventa, ya que, por el ejercicio de la opción de venta, NewCo adquiere carácter unipersonal;
- (vii) inscripción de la unipersonalidad, presentando la certificación prevista en el requisito (v) anterior y que deberá señalar el negocio causante de la unipersonalidad (203 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, del Reglamento del Registro Mercantil, “**RRM**”); y
- (viii) dada la nacionalidad estadounidense de MarvelWeisser Inc. (en adelante, “**MarvelWeisser**”), compradora en este caso, será preciso formalizar el modelo D-1A, de declaración de inversión extranjera (Ley 19/2003, de 4 de julio y Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores).

La ejecución, no obstante, puede seguir otro cauce. Al constar esta opción de venta en un acuerdo que ha sido elevado a escritura pública, queda abierta la posibilidad de acudir al **procedimiento judicial ordinario de ejecución** (517 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en adelante, “**LEC**”), y ello porque la escritura pública constituye título ejecutivo (517.2.4º LEC). En particular, se trataría de una ejecución no dineraria que implicaría la **condena a la emisión de una declaración de voluntad** (708 LEC), habiendo quedado predeterminados los elementos esenciales del negocio.

Respecto de las cuestiones relativas al Derecho Internacional Privado, es preciso aclarar en primer lugar que **el pacto de sometimiento a la jurisdicción española es plenamente válido**, a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (“Bruselas 1 Bis”). Por cuanto a la **ley aplicable** al acuerdo, no siendo de aplicación el 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”, de acuerdo con su artículo 1.2.f) y no existiendo tratado o convenio internacional en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales que sea aplicable en este supuesto, acudiremos a las **normas de conflicto españolas**, es decir, a los artículos 9.11 y 10.5 párrafo primero del CC, según las cuales podemos concluir que la ley aplicable al acuerdo será tanto la ley personal de NewCo como la ley del lugar de celebración del pacto, es decir, **la ley española**¹.

Quinta. Complicaciones derivadas del contrato de distribución existente entre Kvothe Beer, S.A y Espumas de Marbella, S.A.

Antes de determinar qué acciones puede interponer Espumas de Marbella, S.A. (en adelante, “**EdM**”) frente a MarvelWeisser, es preciso aclarar los términos de la relación entre ambos sujetos. MarvelWeisser es titular al 50% de NewCo, que es a su vez titular por el 100% de las acciones de Kvothe. Es precisamente entre Kvothe y EdM donde existe la relación jurídica en examen, que en mi criterio debe ser calificada como un **contrato de concesión mercantil**, y ello por los siguientes motivos: (a) EdM compra las mercancías de Kvothe para después revenderlas; (b) no son, por tanto, labores de promoción y conclusión de contratos por cuenta ajena, sino que EdM actúa en nombre y por cuenta propios; (c) no se ha pactado retribución alguna, más allá del margen que EdM pueda obtener de la reventa; (d) la actividad de EdM queda limitada geográficamente a un área concreta, respecto de la que goza de exclusividad; y (e) EdM

¹ La aplicación del Reglamento Roma I a un pacto de socios es una cuestión que, como regla general, exige un análisis pormenorizado del caso concreto. En principio, sólo aquella parte de su contenido que afecte de un modo esencial a la organización y al funcionamiento de la sociedad quedarán excluidos de la aplicación del Reglamento Roma I, siendo posible su aplicación al resto de cuestiones. No obstante, se suele entender que la ley personal de la persona jurídica tiene una “fuerza atractiva” respecto del campo del derecho de sociedades. Teniendo en cuenta que la ley española es la señalada aplicable tanto por la ley personal de la sociedad afectada como por el lugar de celebración del contrato y el criterio de los “vínculos manifiestamente más estrechos” del que hace uso el Reglamento Roma I en defecto de elección de ley aplicable, es seguro decir que la ley rectora del pacto será la ley española.

asume el riesgo y la ventura de las operaciones de distribución que realiza. Kvothe suscribió este contrato a través de la representación de Denna, debidamente apoderada al efecto.

La potencial terminación del contrato entre Kvothe y Denna hace que EdM tema por la posible extensión de tales efectos extintivos al contrato que media entre ella y Kvothe. Habiendo sido el contrato válidamente perfeccionado a través de representación, vincula y es obligatorio para las partes (1258 CC). No existiendo motivos para su resolución, este contrato deberá permanecer vigente aunque MarvelWeisser y Chetae desconocieran su existencia. Esta misma desconexión contractual que existe entre MarvelWeisser y EdM es también el motivo por el que **esta segunda no podrá interponer contra la primera ninguna acción de naturaleza contractual**. EdM sí podrá interponer **frente a Kvothe**, caso de que ésta se niegue a cumplir los términos del contrato, **la acción de cumplimiento contractual o la resolución por incumplimiento** (1124 CC y 336 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, en adelante, “**CCom**”), incluyendo en este segundo caso el resarcimiento por daños y perjuicios. De igual modo, podrá interponer una **acción declarativa de la existencia y validez del contrato** (5.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante, “**LEC**”).

La existencia del contrato entre Kvothe y EdM no se puso de manifiesto en el procedimiento de revisión legal (*due dilligence*) de Kvothe como objeto de compra. Esto puede fundamentar distintos **derechos de reclamación de NewCo frente a D. Alberto Montenegro** - en su condición de vendedor-, que señalamos a continuación:

- En primer lugar, la **acción de anulación del contrato por error o dolo** en la formación del consentimiento (1261, 1265, 1266, 1269 y 1300 y siguientes del CC). La consecuencia sería la restitución de las prestaciones, junto con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (1101 CC). Tiene un plazo de prescripción de 4 años (1301 CC);
- La **acción de incumplimiento contractual**, si se considera que el defecto es tan grave que hace que lo entregado sea del todo inútil para el fin a que va a ser utilizado (1124 y 1101 CC), cosa que resultaría difícil sostener. Las consecuencias serían la resolución del contrato y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios. Tiene un plazo de prescripción de 5 años (1964.2 CC); y
- Las **acciones edilicias por vicios ocultos** en la cosa vendida (1484 y siguientes CC). Se encuentran disponibles: (a) la acción redhibitoria, que dará lugar a la resolución del contrato y a la indemnización de daños y perjuicios si el vicio era conocido por el vendedor (1486 CC); y (b) la acción estimatoria o *quanti minoris*, que dará lugar a la correspondiente reducción del precio (1486 CC). Tienen un plazo de caducidad de 6 meses.

Debe tenerse en consideración que son lícitos los pactos entre las partes que modifiquen el régimen de responsabilidad del vendedor previsto en el Código Civil, excepto en caso de dolo (1485 CC). Esta es precisamente la finalidad de las **manifestaciones y garantías**, tan frecuentemente incluidas en los contratos de compraventa de participaciones o acciones. En defecto de tales pactos, será aplicable el régimen de responsabilidad del vendedor previsto en el Código Civil. Desconocemos, no obstante, si se han alcanzado tales pactos entre NewCo y D. Alberto Montenegro. Habiéndose realizado un proceso de revisión legal de Kvothe, es posible deducir que las partes han querido que la responsabilidad del vendedor no quede limitada a la legítima titularidad de las acciones que se transmiten. Por este motivo, la acción edilicia parecería ser la opción más adecuada. Sin embargo, el plazo para su ejercicio ya habría caducado y, aún no habiéndolo hecho, sería complicado defender su viabilidad pues el comprador tiene amplio conocimiento del sector en el que invierte (último inciso del artículo 1484.1 CC). Por lo tanto, las opciones restantes son: la acción de anulación del contrato por error o dolo en el consentimiento, la acción de incumplimiento contractual y **la acción de responsabilidad contractual basada en el artículo 1101 del CC**, que en definitiva implica una reclamación de daños y perjuicios.

Frente a Denna, teniendo en cuenta que con carácter previo a la compraventa no existía relación contractual alguna entre ésta y NewCo, **sólo cabe ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual** en virtud del artículo 1902 CC, alegando que su conducta omisiva (la falta de suministro de información o su pasividad durante el proceso de revisión legal de Kvothe) le ha generado daños y perjuicios que deben ser indemnizados.

Por último, se plantea qué consecuencias podrá tener el hecho de que **D. Alberto Montenegro haya compartido información con EdM**. A este respecto, es crucial señalar que cuando D. Alberto Montenegro realizó tal conducta ya era consejero de Kvothe, por lo que le es aplicable el régimen de deberes de los administradores previsto en los artículos 225 y siguientes LSC. Sobre la base de estos preceptos, es posible plantear el ejercicio de:

- Acción de responsabilidad del administrador (236 LSC) basada en el **incumplimiento del deber de guardar secreto respecto de la información que obtiene en el ejercicio del cargo**, lo cual es a su vez una vulneración del deber de lealtad (227 y 228.b LSC).
- Acción de responsabilidad del administrador (236 LSC) por haber incurrido en un **conflicto de interés** al haber hecho uso de **información confidencial con fines propios**. Se deberá acreditar el carácter confidencial de esta información y que el consejero la ha usado con fines propios (228.e y 229.1.c LSC). Desconocemos la posición que ostenta D. Alberto Montenegro en Denna, pero cuanto menos sabemos que es socio fundador de la misma, por lo que es presumible que tal divulgación obedezca a la protección de los beneficios que obtiene del contrato de agencia antes analizado.
- La **acción de cesación** prevista en el artículo 232 LSC, para que se le imponga la obligación de no continuar divulgando información, siendo posible pedir una medida cautelar antes de la demanda (727.7 LEC).
- Finalmente, el **cese de D. Alberto Montenegro como consejero** (223 y 224 LSC).

Sexta. Sobre el consejo de administración de Kvothe Beer, S.A., los derechos de participación de D. Alberto Montenegro como miembro de tal órgano y su posible responsabilidad en tal condición.

En primer lugar, podemos afirmar que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa **pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro en el consejo**. En el caso de las sociedades anónimas, si otra cosa no se dispone en los estatutos ni el reglamento del consejo, este órgano **quedará válidamente constituido** si concurren presentes o representados, la mayoría de los vocales (245.2 LSC). Compareciendo dos de tres, se alcanza mencionada mayoría. Respecto de la adopción de acuerdos, el artículo 248 LSC declara que las decisiones en el consejo se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes. De nuevo, con **el voto favorable de dos consejeros concurrentes será suficiente**.

Si D. Alberto Montenegro comparece y vota en contra de cualquier acuerdo del orden del día, D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa **podrán seguir adoptando acuerdos si votan en el mismo sentido**, pues aún alcanzarán la mayoría absoluta de votos. Cuestión distinta es determinar si D. Alberto Montenegro puede o debe asistir a la reunión del consejo.

Respecto de este último matiz, debe tenerse en cuenta que una de las manifestaciones del deber de lealtad de los administradores es la de abstenerse de participar en las deliberaciones y votaciones de acuerdos o decisiones en las que tengan un conflicto de interés, directo o indirecto (227 y 228.c LSC). Teniendo en cuenta que haber revelado información confidencial a EdM sobre la posible terminación del contrato con Denna **puede ser considerado como una situación de conflicto de interés**, el deber de D. Alberto Montenegro será el de **abstenerse de**

participar en el consejo, al menos por cuanto respecta al acuerdo sobre la terminación del contrato con Denna. Si bien **no han decaído sus derechos de participación en el consejo**, del deber de lealtad se deriva en este caso un deber de abstenerse de participar, cuyo incumplimiento podrá habilitar que le sean exigidas responsabilidades. Además, la lista de situaciones prevista en el artículo 229.1 LSC no es *numerus clausus*, es decir: es posible probar la existencia de situaciones de conflicto de interés distintas de las enumeradas. Teniendo en cuenta la condición de D. Alberto Montenegro como socio fundador de Denna, es posible defender que el acuerdo sobre la terminación del contrato de agencia que existe entre aquella y Kvothe implique necesariamente un conflicto de interés. Es más, el hecho de haber amenazado a la sociedad con emprender acciones legales puede ser sostenido como razón adicional de la existencia de tal conflicto de interés. Por estos motivos, es preciso advertir a D. Alberto Montenegro de que se abstenga de participar en la reunión del consejo. Su condición como consejero **será tenida en cuenta para la constitución del consejo, pero no para el cómputo de votos**, pues de lo contrario su ausencia equivaldría a un voto en contra.

Finalmente, cabe decir que **el consejo de administración no tiene**, como órgano, **legitimación para entablar una acción de responsabilidad contra D. Alberto Montenegro** en su condición de consejero. La legitimación para ello corresponde a la sociedad de acuerdo con el artículo 237 LSC. Siendo NewCo el socio único de la sociedad, y estando NewCo participada al 50% por MarvelWeisser y Chetae, en la práctica sí que tomarán ellas la decisión de ejercitar tal acción, pero no deberá hacerse a través del consejo de Kvothe, sino que deberá ejercitarla la propia Kvothe, como sociedad, previa decisión del socio único -NewCo-.

Las alternativas que tiene MarvelWeisser para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro son:

- En primer lugar, el ejercicio de la **acción de responsabilidad** prevista en el artículo 236 LSC, sobre la base de los argumentos anteriormente señalados, por medio de su participación en NewCo, socio único de Kvothe; y
- La **acción de indemnización de daños y perjuicios** derivada del artículo 241 LSC, en relación con el artículo 1902 CC, demostrando que la actuación de D. Alberto Montenegro, en su condición de consejero, ha perjudicado directamente sus intereses.

Séptima. Riesgos laborales derivados de la contratación, por Denna, S.L., de los quince trabajadores antes empleados por Kvothe Beer, S.A.

La situación creada con relación a los quince trabajadores que D. Alberto Montenegro ha mencionado en su burofax hace necesario tener en cuenta las siguientes situaciones de riesgo.

Como inciso aclaratorio, cabe mencionar que la compra de la totalidad de las acciones de Kvothe por parte de NewCo **no supone un supuesto de sucesión de empresa a efectos laborales**, según la regla 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, “**ET**”), y ello porque esta compraventa de acciones no constituye un negocio que cambie el sujeto empleador de la relación laboral: el empleador sigue siendo Kvothe, aunque su estructura accionarial haya variado.

Dicho esto, uno de los riesgos existentes es que se pretenda calificar ese movimiento de trabajadores como una **cesión ilegal** de éstos, según lo previsto en el artículo 43 ET. El apartado 2 de este precepto recoge las circunstancias que deben concurrir para entender que existe una cesión ilegal de trabajadores. Considero que no concurre ninguna de ellas:

- No hay un segundo contrato que tenga por objeto la puesta a disposición de trabajadores en favor de Denna, sino que existe un verdadero contrato de trabajo;
- Kvothe tiene una actividad estable, una organización propia y los medios necesarios para el desarrollo de su actividad;
- Si bien Kvothe no ejerce las funciones inherentes a la condición de empresario, ello no es debido a que haya cedido ilegalmente a los trabajadores, sino a que ha dejado de ser su empleador.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase nota al pie 2) considera que es lícita la cesión de trabajadores dentro de un grupo empresarial, siempre que estas empresas actúen como un único empleador. Conforme al artículo 42.1.d CCom, podría presumirse que Kvothe y Denna son parte de un mismo grupo, pero careciendo de datos sobre la composición del órgano de administración de Denna no es posible afirmar que esto sea así. Aun siéndolo, cabe la prueba en contrario.

Sobre esta base, existe el riesgo que se declare la existencia de un “**grupo patológico**” de empresas entre Kvothe y Denna, en el sentido que le ha otorgado la jurisprudencia social². La consecuencia de ello es que las empresas de este grupo patológico responderán de forma solidaria respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores. Los criterios señalados por la jurisprudencia para entender que existe tal grupo patológico son, además de la existencia de un grupo de empresas mercantil: confusión de patrimonios, la existencia de caja única, la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada y la utilización abusiva de personalidad jurídica independiente de cada una de ellas en perjuicio de los trabajadores. Los quince trabajadores podrían alegar, en orden a que se declare la existencia de un grupo patológico, que existe confusión de plantillas, ya que antes de la compraventa aquellos trabajadores -entonces empleados por Kvothe- desempeñaban labores, en la práctica, en favor de Denna. Sin embargo, con la contratación de estos trabajadores por Denna -como consecuencia de los pactos derivados de la compraventa de Kvothe- se regulariza esta situación, y ésta será la principal defensa que habrá de sostenerse para negar la existencia de un grupo patológico.

Octava. Sobre la validez de la hipoteca constituida en favor de Banksanva, S.A. sobre el inmueble de Torrelozones

La hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido por Banksanva, S.A. (en adelante, “**Banksanva**”) no es conforme a derecho, según indica Banksuisse, S.A. (en adelante, “**Banksuisse**”). Siendo esto cierto, por lo motivos que ahora se expondrán, también señalaremos los motivos por los que este problema es eludible.

Así, la hipoteca **no está inscrita** en el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta que éste es un requisito de validez y existencia de la hipoteca (1875 CC y 145 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria, en adelante, “**LH**”).

Pero no sólo adolece de esta irregularidad, sino que además la constitución de esta hipoteca **no ha sido autorizada por la Junta General** de Kvothe, al recaer sobre un activo esencial, según impone el artículo 160.f LSC. Aunque doctrinalmente no es pacífica la cuestión acerca de si es necesario la citada autorización para la constitución de un gravamen sobre un activo esencial, en la práctica notarial este trámite es, en ocasiones, exigido. El incumplimiento de este requisito, sin embargo, **no afectaría a la validez del negocio** según entiende la doctrina

² A este respecto resultan del todo esenciales las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012, caso “ASERPAL”) y de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014, caso “TRAGSA”). En el mismo sentido, destaca la reciente Sentencia TSJ de Galicia, Sala de lo Social nº 1232/2020, de 10 de marzo.

de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante “DGRN”), sino que sólo habilitaría para exigir las correspondientes responsabilidades a los administradores³.

Existe aún otra irregularidad de mayor relevancia, y es que la constitución de **esta hipoteca**, de haber sido inscrita, **incurriría en la prohibición de asistencia financiera** que, para las sociedades anónimas, prevé el artículo 150 LSC. En este caso, Kvothe está concediendo claramente una garantía para facilitar la adquisición de sus acciones por NewCo. La consecuencia de vulnerar esta prohibición es doble, siendo compatibles ambas sanciones:

- Por un lado, **la nulidad del negocio** que la infringe -la hipoteca-. Aunque el artículo 150 LSC no señala si la sanción de la vulneración ha de ser la nulidad o la anulabilidad, la jurisprudencia ha optado en favor de la nulidad absoluta⁴, en virtud del artículo 6.3 CC.
- Por otro lado, una **sanción de carácter administrativo**, contemplada en el artículo 157 LSC, cuya cuantía podrá alcanzar hasta el importe del valor nominal de las acciones asumidas, siendo responsables los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, los de la sociedad dominante que haya inducido a la infracción.

Esta nulidad **no afecta a la prenda** constituida sobre la totalidad de las acciones de Kvothe, pues esta prenda no ha sido constituida por Kvothe sino por NewCo, legítimo titular de las acciones.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la nulidad de la hipoteca puede extenderse sobre el préstamo que garantiza o, aún más, sobre el negocio de adquisición de Kvothe. A este respecto la jurisprudencia se ha pronunciado en ciertas ocasiones, declarando que para ello debe existir una esencial conexión causal, por tratarse de un negocio complejo o coligado⁵. En este punto, **es posible defender la ausencia de esa conexión causal**, teniendo en cuenta que el préstamo está dotado de un conjunto diverso de garantías entre las que se encuentran otras distintas a la vulneradora. Es más, la hipoteca es la única garantía concedida por Kvothe y, en puridad, aún no existe pues no está inscrita. Sobre esta base, se puede defender la ausencia de la conexión causal y que la nulidad quede circunscrita a la hipoteca, ya que de este modo se cumple la *ratio legis* de la prohibición: reintegrar al patrimonio social el importe de la asistencia financiera proporcionada.

Segunda. Acciones que pueden interponer Kvothe Beer, S.A. y NewCo Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro.

En este momento, y de acuerdo con lo expuesto anteriormente, es posible identificar qué acciones podrán ejercitar Kvothe y NewCo frente a D. Alberto Montenegro, derivadas de su relación con Kvothe y del contrato de compraventa de esta misma sociedad.

NewCo podrá optar por ejercitar contra D. Alberto Montenegro, como consecuencia de no haber suministrado el contrato suscrito con EdM en el proceso de revisión legal de Kvothe:

- (i) la acción de anulación del contrato por error o dolo en la formación del consentimiento;
- (ii) la acción de incumplimiento contractual; y
- (iii) las acciones edilicias: (a) estimatoria o *quantum minoris*; y (b) redhibitoria.

De entre estas tres, la única que no tiene por consecuencia la resolución del contrato es la acción estimatoria; no obstante, ha caducado su plazo de ejercicio. Aún será posible ejercitar, si así lo

³ Al respecto existen múltiples resoluciones de la DGRN que avalan esta postura, entre las que destaca la Resolución de 11 junio 2015 (BOE 190, 10 de agosto de 2015) que consolidó este criterio, inalterado desde entonces.

⁴ Por todas, las SSTS 472/2010, de 20 de julio y 413/2012, de 2 de julio.

⁵ Véase al respecto la STS 541/2018, de 1 de octubre de 2018, en su Fundamento de Derecho Noveno, párrafos 4 y 5.

considera oportuno el cliente, las otras dos acciones mencionadas, e incluso -siendo ésta quizás la opción más adecuada al no implicar la resolución del contrato- podrá ejercitar la **acción de responsabilidad contractual en virtud de los artículos 1101 y siguientes CC**. Todo ello, claro está, dando por supuesto que no se conoce el régimen de responsabilidad que hubieran podido pactar Kvothe y NewCo en el contrato de compraventa, y que podría prever exactamente quién debe responder, por qué conceptos y en qué cuantías.

Kvothe podrá ejercitar contra D. Alberto Montenegro, en virtud de la condición de éste como consejero de aquella, las siguientes acciones:

- (i) **Acción de responsabilidad** contra los administradores (236 y ss. LSC), que a su vez podrá basarse en múltiples motivos:
 - a. Vulneración del deber de lealtad por incumplimiento del deber de guardar secreto sobre la información que obtiene en el ejercicio del cargo, dada la difusión de la información que ha suministrado a EdM acerca de la terminación del contrato con Denna.
 - b. Aunque D. Alberto Montenegro no asista a la reunión del consejo, podrá ejercitarse la misma acción por vulneración del deber de lealtad derivada de un conflicto de interés, por haber hecho uso de información confidencial con fines propios.
 - c. Si D. Alberto Montenegro, además, asistiera a la reunión del consejo y votase en contra de la terminación del contrato con Denna, se podrá ejercitar la misma acción por vulneración del deber de lealtad, al haber participado en la deliberación y voto de un acuerdo respecto del que tiene un conflicto de interés.
- (ii) La **acción de cesación**, para evitar que D. Alberto Montenegro siga difundiendo información. Esta acción no compete a Kvothe como sociedad, sino a sus consejeros.

Tercera. Acciones que podrá ejercitar D. Alberto Montenegro frente a NewCo Buyer, S.L., MarvelWeisser Inc. o Chetae, S.L.

D. Alberto Montenegro, en su condición de miembro del consejo de Kvothe, podrá ejercitar:

- (i) **Acción de impugnación** del acuerdo del consejo que determine la resolución del contrato con Denna, en el caso de que decida no participar en la deliberación y voto de este acuerdo, alegando privación ilegítima del derecho de voto (251 y 204.3.a LSC).
- (ii) **Acción de impugnación** de ese mismo acuerdo del consejo por lesionar el interés social en beneficio del socio único (251 LSC y 204.1 LSC).

Actuaciones recomendadas

Finalmente, resta diseñar la línea de actuación que considero más apropiada y conveniente para los intereses de MarvelWeisser.

Así, en primer lugar, por lo que se refiere al **contrato de agencia celebrado entre Kvothe y Denna**, considero que el cliente debería **proceder a su terminación unilateral**. Resultaría conveniente, a estos efectos, respetar el plazo de preaviso de 6 meses que exige la LCA ya que de este modo no sólo se evita cualquier reclamación por su inobservancia, sino que se evita igualmente que la terminación del contrato pueda ser calificada como un acto de competencia desleal. En caso de no querer respetar el preaviso, el cliente deberá afrontar la posible indemnización por terminación sorpresiva del contrato, siendo preciso preparar una

estrategia de defensa frente a la calificación de su conducta como acto de competencia desleal basada en la **fuerza mayor**, concretamente, la reciente situación de pandemia global.

No obstante, para proceder a la terminación unilateral del contrato con Denna, antes es necesario **acordar tal cosa en el consejo de administración de Kvothe**, del cual D. Alberto Montenegro es miembro. Si bien D. Alberto Montenegro no podrá impedir, con su sólo voto, la adopción del acuerdo de terminación unilateral del contrato con Denna, sí que podrá impugnar posteriormente tal acuerdo. Con independencia de que esta pretensión pueda tener más o menos probabilidades de prosperar -teniendo en cuenta que es muy discutida la posibilidad de que las decisiones del socio único sean impugnables-, lo más adecuado es optar por otra vía de actuación, dada la **ruptura de la relación de confianza** con D. Alberto Montenegro.

Por ello, quizás la opción que parecería más evidente es que NewCo, socio único de Kvothe, decidiera **cesar a D. Alberto Montenegro** como consejero. Esto, no obstante, genera una situación problemática: dejaría al consejo con sólo dos miembros, por debajo del número permitido legalmente, por lo que **este órgano quedaría inoperativo** para adoptar ulteriores decisiones –entre ellas, la terminación unilateral del contrato con Denna-. Tampoco será posible acudir al método de cooptación previsto en el artículo 244 LSC para suplir la vacante de D. Alberto Montenegro, pues la remoción de un consejero no se considera un supuesto de vacante a estos efectos y porque el nombramiento de consejeros que derive del uso de este sistema es facultad del consejo -que, recordemos, no puede operar con sólo dos miembros-.

Por ello, en su lugar recomiendo que NewCo, en su calidad de socio único de Kvothe, adopte con urgencia la decisión de **ejercitar la acción de responsabilidad contra D. Alberto Montenegro** como consejero (236 LSC), basada en: (i) la vulneración de su deber de lealtad por el incumplimiento de su deber de guardar secreto respecto de la información obtenida en el ejercicio de su cargo (227 y 228.b LSC); y (ii) la vulneración del deber de lealtad por la existencia de un conflicto de interés, por haber hecho uso de información confidencial de Kvothe para fines propios (228.e y 229.1.c LSC). La decisión de ejercitar esta acción produce **la destitución automática de D. Alberto Montenegro como consejero** (238.3 LSC). Debe tenerse en cuenta que, de ser estimada la acción de responsabilidad frente a D. Alberto Montenegro, éste no tendrá derecho a percibir la indemnización por cese que, en su caso, se hubiera previsto estatutariamente (217.3.f LSC).

Destituido D. Alberto Montenegro, el consejo de administración sólo tendría dos miembros. Por ello, en unidad de acto, NewCo deberá **decidir la modificación de la estructura del órgano de administración de Kvothe** pasando éste a estar constituido por **dos administradores mancomunados**. Para ello, será precisa una simultánea modificación de los estatutos sociales. Téngase en cuenta que el acuerdo de socios suscrito entre MarvelWeisser y Chetae prevé necesario que ambos socios de NewCo estén de acuerdo para introducir una modificación en los estatutos de Kvothe. Dado que la participación de ambas sociedades en NewCo, socio único de Kvothe, es del 50%, parece equitativo que MarvelWeisser designe a uno de los administradores mancomunados y Chetae al restante.

Con la aceptación del cargo, que podrá hacerse también en unidad de acto, los nuevos administradores mancomunados podrán actuar inmediatamente como tales, según el criterio de la DGRN: la inscripción del cargo es obligatoria, pero no es constitutiva. Por ello, **los dos administradores podrán adoptar la decisión, tan pronto sean nombrados, de dar por extinguido el contrato de agencia** que media entre Kvothe y Denna. La inscripción, no obstante, interesa que se practique con la mayor rapidez posible.

Otro problema que afrontar es el de la **posible nulidad**, por contravención de la prohibición de asistencia financiera, **de la hipoteca sobre el inmueble de Torrelodones**. Para solventar este problema, recomiendo acudir a renegociar con Banksanva las garantías del préstamo concedido a NewCo, ya que es preciso dejar sin efecto la hipoteca. Es conveniente advertir de que, aunque la hipoteca no haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad, sí se ha hecho constar el préstamo en escritura pública. Por ello es necesario que NewCo otorgue una nueva escritura que modifique o deje sin efecto la anterior por cuanto respecta a la hipoteca.

En sustitución de las garantías canceladas, es oportuno comprometerse con Banksanva a **fusionar Kvothe y NewCo** conforme al procedimiento previsto en el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LME”). El procedimiento de fusión será el previsto en los artículos 22 y siguientes de la LME -concretamente, una **fusión por absorción**, según la define el artículo 23.2 LME-, pero podrá realizarse con agilidad pues serán aplicables las **reglas especiales** previstas en el artículo 42 (acuerdo unánime de fusión en ambas sociedades que se fusionan, lo que dispensa de cumplir ciertos requisitos de publicidad) y el artículo 49 (absorción de sociedad íntegramente participada, que dispensa de la elaboración del informe de los administradores y expertos, del aumento de capital en la sociedad absorbente y de la necesidad de adoptar el acuerdo de fusión en la sociedad absorbida). De nuevo, **MarvelWeisser y Chetae deberán votar a favor del acuerdo de fusión** en NewCo, pues así lo exige el pacto de socios que han suscrito.

Una vez fusionadas las sociedades, el activo de ambas quedará integrado en NewCo. La titularidad del inmueble de Torrelodones será entonces de dicha sociedad, y sobre ella podrá constituir, en favor de Banksanva, una **promesa de hipoteca**. En el contrato se dispondrá que, cumplido el suceso determinante -la culminación del proceso de fusión entre Kvothe y NewCo- NewCo deberá constituir, en favor de Banksanva y ante notario, la correspondiente hipoteca en las condiciones preestablecidas en el contrato de promesa. Ello incrementará la garantía ofrecida por NewCo respecto de la operación.

Adicionalmente, MarvelWeisser deberá suscribir con NewCo (tras su fusión con Kvothe) un **contrato de préstamo participativo**. La ventaja contable de los préstamos participativos es que se computan como patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de la sociedad (20.Uno.d Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio). Esto resulta muy conveniente, pues el ejercicio 2020 ha resultado ser muy débil en términos de ventas para Kvothe, generando posiblemente pérdidas que, tras su absorción, figurarán en el balance de NewCo. Para evitar que ésta incurra en una causa de disolución legal (que tendrá lugar si la cifra del patrimonio neto cae por debajo de la mitad de la cifra de capital) será oportuno incrementar la cifra del patrimonio neto en la cuantía oportuna. Este hecho debe ser comunicado por MarvelWeisser y NewCo a Banksanva, ofreciendo la conclusión de este contrato como garantía y comprometiéndose a ello una vez concurra el suceso determinante: la conclusión de la fusión entre Kvothe y NewCo.

Otra de las principales cuestiones que abordar es la de **reclamar responsabilidades frente a D. Alberto Montenegro como vendedor de Kvothe**, al no haber proporcionado información sobre la existencia del contrato entre Kvothe y EdM. A este respecto, mi recomendación es -a falta de información sobre las posibles *Manifestaciones y Garantías* pactadas- ejercitar simplemente una acción de reclamación **daños y perjuicios por las reglas generales de responsabilidad contractual** (artículos 1101 y siguientes CC). La acción edilicia, cuyo resultado podría ser conveniente de ser estimada, ya no es ejercitable al haber caducado su plazo de ejercicio. La acción de anulación del contrato por error o dolo en la formación del consentimiento o la acción de incumplimiento contractual tienen consecuencias demasiado gravosas para el interés del negocio, pues implicarán en ambos casos la resolución del contrato de compraventa.

La problemática referida a los **quince trabajadores contratados por Denna** requiere de una actitud previsor por parte del cliente. Es probable que los trabajadores denuncien la existencia de una cesión ilegal o, cuanto menos, la responsabilidad solidaria de Denna y Kvothe, por las obligaciones laborales de estos trabajadores, al apreciarse entre estas sociedades un *grupo patológico* en sentido laboral. La defensa ha de girar fundamentalmente entorno a los siguientes argumentos: (i) la **inexistencia de cesión ilegal de trabajadores** por no concurrir el supuesto de hecho (como se explicó anteriormente); y (ii) la **inexistencia de grupo patológico laboral** pues no existe confusión de plantillas, precisamente porque Denna ha contratado finalmente a los trabajadores que antes desempeñaban funciones para ella desde Kvothe. Adicionalmente, la terminación del contrato de agencia con Denna, la destitución de D. Alberto Montenegro como consejero de Kvothe y la desaparición de esta sociedad tras su absorción por NewCo, hacen más complicado determinar la existencia de cualquier vínculo entre Kvothe y Denna, y menos aún un *grupo patológico*.

Recapitulando, deberán acometerse las siguientes actuaciones:

- NewCo deberá adoptar cuanto antes las siguientes decisiones en su condición de socio único de Kvothe:
 - o Ejercitar la acción social de responsabilidad contra D. Alberto Montenegro en su condición de consejero, dando lugar a su destitución como tal.
 - o Acordar el cambio del órgano de administración de Kvothe, de modo que quede integrado por dos administradores mancomunados.
 - o Acordar la modificación de los estatutos para prever la nueva forma del órgano de administración.
 - o Nombramiento de dos nuevos administradores mancomunados (aceptando el cargo en el acto, a ser posible).
- Los dos nuevos administradores mancomunados de Kvothe, tan pronto éstos acepten el cargo, deberán adoptar los siguientes acuerdos:
 - o Aprobar el proyecto de fusión por absorción de Kvothe por NewCo.
 - o Extinguir unilateralmente el contrato de agencia con Denna; y
- NewCo, como sociedad, deberá:
 - o Acordar en Junta General el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual (1101 CC) frente a D. Alberto Montenegro, en relación con el contrato de compraventa de Kvothe.
 - o Acordar en Junta General la fusión por absorción de Kvothe, previa elaboración del proyecto de fusión por el órgano de administración de NewCo.
 - o A través de sus representantes, renegociar con Banksanva las garantías del préstamo suscrito, en los términos antes expuestos. En particular, otorgar una escritura pública que deje sin efecto la anterior en lo relativo a la hipoteca sobre el inmueble de Torreldones, y sustituir esta garantía por una promesa de hipoteca con las características antes descritas.
- MarvelWeisser deberá preparar el contrato de préstamo participativo que suscribirá con NewCo, después de que ésta se fusione con Kvothe.
- MarvelWeisser, Chetae y NewCo deberán preparar una defensa coordinada frente a la posible demanda que puedan presentar los quince trabajadores, según lo explicado anteriormente.