



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

ICAI

ICADE

CIHS

**FACULTAD DE DERECHO**

**MUDE 2020-2022**

**ALUMNO:** ALMUDENA MARÍA POLO OCAÑA

**TUTOR:** RAMÓN FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTAMARÍA

**FECHA:** 10-01-2022



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

## ÍNDICE:

<b>INFORME DE EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN DE MARVELWEISSER INC. ....</b>	<b>- 3 -</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>- 3 -</b>
<b>II. ANTECEDENTES .....</b>	<b>- 3 -</b>
<b>III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.....</b>	<b>- 3 -</b>
<b>V. RECOMENDACIÓN.....</b>	<b>- 13 -</b>



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

## INFORME DE EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN DE MARVELWEISSER INC.

### I. INTRODUCCIÓN

A continuación, se procederá a elaborar un breve informe preliminar sobre todas las cuestiones que se nos han planteado, sin perjuicio de proceder a detallar mas en profundidad cualquiera de ellas, si les fuese necesario.

Mediante el presente informe, trataremos de dar respuesta de forma clara, ordenada y concisa a las dudas planteadas, basándonos para ello en la Legislación Española vigente en el momento de redacción de este escrito, esto es, a 30 de junio de 2021. Cabe aclarar que, puesto que su consulta nos llega en el mes de junio de 2021, hemos procedido a darles respuesta a la mayor inmediatez.

### II. ANTECEDENTES

Debido a la brevedad que requiere el presente informe, nos referimos a los hechos expuesto en la consulta que nos fue mandada.

### III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSA

En primer lugar, nos compete aclarar que, pese a que la primera cuestión que nos plantean en su consulta se refiere a un contrato de distribución, tras un estudio detallado, concluimos que nos encontramos ante un contrato de agencia. Entendemos su confusión al respecto, pues el contrato entre Denna, S.L (en adelante “Denna”) y Kvothe Beer (en adelante “KB”) habla de exclusividad, lo cual es una nota típica del contrato de distribución; pero esto tambien se puede encontrar en los contratos de agencia. La clave para la distinción entre uno y otro es que, los contratos de distribución requieren que la comercialización sea por cuenta propia y en el de agencia, que es el caso en cuestión, que sea por cuenta ajena (por cuenta de KB).

Mediante el Contrato de Agencia, Denna (el agente) se obliga a promover negocios en nombre de KB (el empresario) de manera estable o continuada a cambio de una remuneración, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. En el caso que analizamos el contrato de Agencia es por tiempo indefinido y puede finalizarse por decisión de cualquiera de las partes en cualquier momento de la relación de agencia.

Quedando, por tanto, establecida la naturaleza jurídica de la relación, nos disponemos a explicar las posibles acciones que puede interponer Denna en virtud del contrato con KB. Entendemos que son las siguientes: (i) Indemnización por clientela (Artículo 28 LCA) (ii) Indemnización por daños y perjuicios (Artículo 29 LCA) (iii) Aplicación del artículo 16 LCD). Aclarar previamente que tanto en la acción de indemnización por clientela como la de daños y perjuicios se cuenta con el plazo de un año para reclamar desde la finalización de la relación de agencia con el empresario. La primera de las opciones dará derecho a percibir una indemnización, pues la actividad que ha realizado todos estos años puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario. Esta situación se puede apreciar, por ejemplo, en la intención de mantener un negocio en exclusiva entre Espumas de Marbella y KB. Tras un previo análisis jurisprudencial y doctrinal de la situación, nos parece importante comunicarles, además, que uno de los puntos que jugará en favor de Denna será que **la relación contractual se desarrollaba en exclusiva**, lo que no permitió a Denna captar a otros clientes durante los años de vigencia del contrato. En el segundo caso la ley establece un preaviso mínimo de un mes por año de duración del contrato, con un máximo de seis meses. No nos consta en la información que se nos ha facilitado la fecha de comienzo de las actividades entre Denna y KB, pero en cuanto se nos facilite tal dato, procederemos a valorar la anticipación que requeriría el preaviso de KB para determinar si el agente contaría o no con esta indemnización. Por ultimo valorar la vía del artículo 16 LCD que contempla una indemnización ante la ruptura de una relación comercial



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

sorpresiva (siempre que no haya un preaviso escrito y preciso) pues puede constituir una conducta desleal en la mala fe, dado que, se requiere un preaviso de mínimo seis meses para poder proceder por esta vía. Así mismo decirles, que, en la indemnización, en caso de proceder, se valorara tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En cuanto a las **defensas de las que dispone KB** en caso de que Denna reclame todas o algunas de las indemnizaciones señaladas, comenzaremos exponiendo que KB se encuentra en situación, con arreglo a derecho, para extinguir la relación contractual existente con Denna, esto como ya hemos visto, genera la posibilidad de que Denna pudiera solicitar varias indemnizaciones, por lo que como medio de protección KB lo primero que tendría que tener en cuenta, sería **realizar el preaviso de manera correcta**. Si el contrato de Agencia se hubiera realizado bajo nuestra supervisión, habríamos aconsejado que se hubiese incluido **una cláusula mediante la cual el agente no compitiera con el empresario durante un plazo máximo de dos años**, pues la experiencia nos avala al decir que este tipo de cláusulas no son sencillas de cumplir y por eso siempre recomendamos su inclusión, máxime si las relaciones con clientes existentes corresponden a un mismo nicho de mercado, por lo que si se hubiera incorporado dicha cláusula se podría valorar esta alternativa (siempre y cuando Denna la incumpliese). Además de las ya mencionadas, hemos valorado la opción de alegar el **Covid como causa de fuerza mayor**, para solicitar la exoneración de responsabilidad por la ruptura del contrato, alegando que KB no puede hacer frente al pago de la contraprestación por los servicios de Denna, y que, en base a esa situación sobrevenida, no pudieron respetar el preaviso necesario.

Como **conclusión**, y una vez estudiadas todas las acciones posibles, basándonos en la transparencia por la que se caracteriza esta firma, no nos queda más alternativa que manifestarles que es probable que no podamos evitar la indemnización por clientela, si bien, podríamos conseguir que esta fuera lo menor posible. Para saber si se puede reducir dicha cuantía, necesitaríamos saber si KB invirtió en publicidad y promoción favoreciendo la captación de negocio, pues de ser así, habría base legal para reducir la cuantía de la indemnización. Otra forma de disminuirla, sería alegando la relevancia de la marca, pues como nos consta en la información remitida, previo a la realización del contrato de agencia, KB creció de manera constante debido a la calidad de su producto, y si creció de tal manera y tuvo tal reconocimiento, fue porque la marca se situó en el mercado como un producto de calidad, lo cual evidencia una mayor facilidad de promoción para cualquier agente.

El **peor escenario posible que podemos anticipar para KB**, sería aquel en el que Denna tuviera derecho a las indemnizaciones por clientela, por daños y perjuicios y por la vía del artículo 16 LCD y en el que dichas indemnizaciones se fijasen en su cuantía mayor dentro de los límites establecidos para cada una. Además, el pronóstico sería aun peor si no se contase con una cláusula mediante la cual el agente no compitiera con el empresario durante un plazo máximo de dos años, porque Denna podría utilizar su red de contactos en negocios con un nuevo empresario perjudicando esto a las ventas de KB.

**A continuación, vamos a analizar las posibles acciones que pueden interponer KB y Newco Buyer S.L (en adelante "NB") frente a D. Alberto Montenegro.** Comenzaremos haciendo mención al tipo de relación existente entre D. Alberto Montenegro y KB, el primero es consejero independiente de la empresa cervecera, de tal condición derivan una serie de derechos y deberes para con la sociedad. Basándonos en la actuación de Alberto Montenegro conforme se nos exponía en la consulta, podríamos decir que hay una vulneración del deber de lealtad tipificado en los artículos 227, 228 y 229 LSC, en concreto entendemos que Alberto Montenegro ha vulnerado el art 229. En sus apartados b y c, refiriéndose los mismos al deber de guardar secreto y al de adoptar medidas para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, ya sea por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con los de la sociedad. En base a ese incumplimiento, KB podría interponer las siguientes acciones ante las que Alberto Montenegro tendrá que responder, pues conforme al artículo 236 LSC existe un deber de respuesta ante el daño causado por el incumplimiento de deberes inherentes a su cargo mediando dolo o culpa. Las acciones son las siguientes: (i) **Cese como administrador** (223 y 224 LSC) tal y como nos indica la sentencia nº 99/2018 de juzgado de lo Mercantil de



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

Vigo sección 3,ª de 20 de noviembre de 2018 cuando establece que” *se cesará a los administradores por haber violado los deberes de diligencia y haber actuado deslealmente para con los intereses sociales, causando un daño a la sociedad*”. (ii) Acción de cesación, remoción de efectos (232 LSC) por esta vía se hace referencia a acciones cuya finalidad es la obtención del cese de actividades contrarias al deber de lealtad o, en caso de terminación del comportamiento infractor, tratar de mitigar los efectos causados por esas actividades. (iii) Indemnización vía artículo 227.2 (227.2 LSC) Este precepto indica que para casos como el que estamos contemplando se protegerá a la empresa (KB) frente a la actividad del administrador (Alberto Montenegro), tanto con una indemnización por el daño causado como con la devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto que se haya podido obtener por dicha actividad. (iv) Indemnización vía artículo 1101 del CC acción sujeta al incumplimiento de una obligación, como es la de lealtad, incurriendo en dolo.

Planteamos aquí las **acciones que puede interponer NB en calidad de compradora de KB, empresa que era propiedad de Alberto Montenegro.** Las acciones serían las siguientes: (i) Acción estimatoria (*actio quanti minoris*) Queremos adelantar que no es una acción resolutoria del contrato pues este sigue subsistiendo, lo que se busca es una reducción del precio para que la situación post-contractual continúe porque el comprador sea capaz de aceptarla. Esta acción es cumulativa a la indemnización por daños y perjuicios para casos en los que el vendedor sea consciente de la situación y no lo manifieste. En la consulta nos indican que Alberto Montenegro no entregó el contrato entre KB y Espumas de Marbella durante el proceso de compra a NB, por ello ahora, el comprador que se encuentra con información desconocida tendrá derecho a ejercitar esta acción con ánimo de que el precio se ajuste al valor del porcentaje de conocimiento que se tenía al momento de la compra. Dicha acción **prescribe a los seis meses** tal y como indica el artículo 1490 CC y como el hecho tuvo lugar en febrero, a día de hoy (30 de junio de 2021) se podría ejercitar, si bien puesto que el plazo que tenemos para ejercitarla es breve, es un tema que deben tener en cuenta con la urgencia que merece, si se quiere hacer uso de ella. (ii) Acción redhibitoria Planteamos esta opción para que ustedes una vez leído el informe, puedan contemplar todas las posibilidades que ofrece nuestro derecho, si bien, nos parece que **su cabida en el caso actual es complicada**, pues esta acción busca resolver el contrato de compraventa suscrito entre las partes con el correspondiente abono por parte de Alberto Montenegro de los gastos en los que se haya incurrido, existiendo además, la posibilidad de acompañarlo con una indemnización de daños y perjuicios. El motivo por el que esta opción nos parece más vaga legalmente es porque los vicios tienen que ser graves y trascendentales, lo cual no parece tener encaje en la desinformación existente en este caso. Las acciones contempladas anteriormente se observan recogidas en el artículo 1486 y ss. del CC y hacen frente a los vicios ocultos derivados del contrato de compraventa, pero además hemos querido contemplar la acción que ahora a procederemos a explicar en base a su habitualidad de la misma (iii) Indemnización en caso de haberse previsto Reps & Warranties. Este tipo de cláusula, de la que hablaremos más profundamente en otro punto del informe, sirven para dejar constancia de determinados aspectos de la compañía que se transmite. Es habitual elaborar una *due diligence* de forma previa a adquirir una empresa en ella se revisan todos los contratos en vigor en el momento de la *due diligence* con la finalidad de determinar: a) los potenciales riesgos existentes en los mismos b) el precio y las condiciones de la operación que se va a realizar. En las cláusulas de R&W mencionadas anteriormente suele pactarse que toda la información que se conoce se encuentra en la *due diligence* realizada, concretándose sanciones en caso de incumplimiento. Por tanto, si se hubiesen previsto para el caso en cuestión, NB tendrá derecho a las indemnizaciones que se derivan de tal contrato, además de las que derivan de incumplimiento contractual del 1124 del CC, que da derecho al perjudicado a escoger entre a) exigir el cumplimiento o b) la resolución de la obligación, previéndose en ambas situaciones el resarcimiento de daños y el abono de intereses y la acción del 1101 del CC que garantiza una indemnización por daños y perjuicios, cuando alguien incumple sus obligaciones incurriendo en dolo, negligencia o morosidad.



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

Pues bien, hasta ahora hemos analizado las acciones en relación a la posición de NB como comprador de la empresa de Alberto Montenegro y a continuación pasaremos **a analizar que podrían ejercitar teniendo en cuenta la condición de consejero de Alberto Montenegro y de NB como socia de KB.** Además de lo ya expuesto *supra* sobre acciones a interponer por KB frente a Alberto Montenegro entendemos que se podrá instar también, el ejercicio de la (i) Acción social de responsabilidad (artículo 238 LSC), que en caso de promoverse implica la inmediata destitución del administrador, sea cual sea la mayoría establecida para su cese y busca reparar cualquier detrimento en el patrimonio social motivado por determinadas conductas. La STS 281/2017 de 10 de mayo reza que los requisitos para que de este tipo de acción son: a) Comportamiento activo o pasivo por los administradores – activo. b) Que sea imputable al órgano administrativo –si. c) Que la conducta del administrador no se ajuste al estándar de diligencia – se cumple. d) Que la sociedad sufra un daño – si. e) Relación de causalidad – se cumple.

Continuando con su consulta sobre **las acciones que Alberto Montenegro podría interponer frente a NB, Chetae, S.L. MarvelWeisser (en adelante “MW”) como miembro del consejo de KB.** Tras un minucioso análisis del tema, hemos concluido que Alberto Montenegro no puede interponer acciones frente a las sociedades que se plantean, como miembro del consejo de KB, pues la decisión de resolver el contrato con Denna se toma de forma interna desde KB y no se extiende a las empresas que se pide que se analicen.

Lo que si cabría analizar es que **Alberto Montenegro interpusiese acciones en su calidad de consejero contra KB.** Estas serían las siguientes: (i) Impugnación del acuerdo en base al 204 LSC por lesión del interés social, ya que se pueden entender que Alberto Montenegro es un bien valioso para la sociedad, y el hecho de resolver el contrato con Denna puede poner en peligro la permanencia o no renovación de este en KB. Siendo Alberto Montenegro de gran valía, debido a los conocimientos que posee sobre la empresa. (ii) Se podría también impugnar el acuerdo del consejo, en base al mismo artículo que acabamos de mencionar, siempre y cuando Alberto Montenegro no participe en la deliberación y voto, alegando que se le ha violado el derecho a voto al ser consejero independiente, los cuales se nombran precisamente, con el objetivo de perseguir el interés social y en consecuencia este interés se vera lesionado en beneficio del socio único, NB.

También nos hemos planteado la posibilidad de que **Alberto Montenegro, como socio de Denna interpusiera acciones contra KB por la resolución anticipada del contrato de Agencia.** Nos gustaría aclarar en este punto, que no entendemos muy bien el término “resolución anticipada del contrato de agencia indefinido”, pues entendemos que la resolución anticipada es un hecho que sucede en los contratos de duración determinada; pero en el caso en cuestión, nos encontramos ante un contrato de duración indefinida, que pueden ser resueltos en cualquier momento siempre y cuando se cumplan las previsiones legales establecidas. Si a lo que refieren con terminación anticipada, es a terminación sin el preaviso legalmente establecido, tal hecho generaría que Denna pudiera pedir una indemnización por daños y perjuicios. La STS de 18 de julio de 2012 y de 16 de marzo de 2016 establecen que: *“Un desistimiento unilateral sorpresivo o inopinado, sin ofrecer un suficiente margen de reacción a través de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo del derecho de denuncia que, si bien no obsta a la extinción del vínculo contractual, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios”* Es decir, si se incumple la obligación de preaviso en el plazo correspondiente, Denna podría pedir una indemnización por daños y perjuicios del artículo 1106 CC. Para que esta pueda reclamarse el daño sufrido debe ser real y además poder cuantificarse.

Dicho lo anterior nos gustaría aclarar también, que tras estudiar el caso hemos podido observar, que **Alberto Montenegro no esta bien nombrado como consejero independiente** por lo que al final de este informe, en la recomendación, se explicara de forma detallada que se debería hacer ante tal situación; mas nos gustaría aclarar llegado este punto, que todas las respuestas que se han dado y se darán a lo largo de este escrito, han sido y serán bajo la premisa de que su cargo como consejero independiente es válido. En el artículo 529 de la LSC, se explica que los consejeros independientes son aquellos que pueden



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos. En este caso es claro que Alberto Montenegro **NO** puede desempeñar sus funciones sin verse condicionado por sus relaciones con la sociedad, pues las principales cualidades de un consejero como este deben ser su independencia y su objetividad. Independencia y objetividad que no son apreciables en la figura de Alberto Montenegro, es más, con el fin de evitar conflictos de interés, la mayoría de códigos de buen gobierno prohíben la vinculación entre el consejero independiente y el equipo directivo o los grupos accionariales de control, además de excluir para este puesto a los antiguos ejecutivos, los familiares del equipo directivos... y aquellas personas que tengan vínculos económicos con la empresa, habiendo sido en este caso Alberto Montenegro socio fundador de KB. Por todo ello se recomendará mas adelante su cese inmediato como consejero independiente, toda vez que el fin de este cargo, se aleja y mucho de su ejercicio por Alberto Montenegro, e incluso podría evaluarse, si sería posible anular las decisiones que se han tomado mientras se encontraba en el cargo, si así lo consideran.

Abordaremos ahora que **proceso debería llevar a cabo Chetae para ejercitar la acción de venta de sus participaciones de NB a MW** para el caso en que los resultados obtenidos durante tres años consecutivos sean inferiores al plan de negocio que se estipula en el contrato de socios que se adjunta.

En primer lugar, nos compete aclarar que es el **derecho de opción**. El mismo, es la facultad de una de las partes de decidir acerca de la celebración o no de compraventa sobre algo determinado, se trata de un contrato con una fecha de vencimiento.

El proceso que nosotros recomendamos es el siguiente:

- Comprobar que efectivamente **se ha dado el supuesto recogido para que la compraventa** pueda realizarse, concretamente, que los resultados financieros de Kvothe Beer, S.A. en tres años consecutivos hayan sido inferiores al plan de negocio estipulado.
- **Verificación** de que el **plazo** para el ejercicio de plan de acción es el que se ha indicado.
- **Revisión** de lo que versen sobre este punto los **estatutos sociales**, los cuales priman sobre cualquier norma y donde quedan identificados los pasos a realizar para poder proceder a la venta de las participaciones que estaban en posesión de Chetae.
- **Notificación por Chetae al resto** de partes sobre la intención de ejercitar la opción de venta.
- Como se quieren vender las participaciones a otro socio, será libre y no será necesaria la aprobación en junta de socios sino **acudir a la notaría para proceder con la operación**. La ley prevé, ante la falta de regulación estatutaria que hemos indicado en el punto tres, en su artículo 107 de la LSC en unas reglas para la transmisión voluntaria de participaciones. Y son:
  - a) El socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá **comunicarlo por escrito a los administradores**, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión.
  - b) La transmisión quedará **sometida al consentimiento de la sociedad**, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General.
  - c) El **documento público** de transmisión deberá **otorgarse en el plazo de un mes** a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

d) El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido **tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir** sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.

- La compraventa de participaciones resultante del ejercicio de la opción de venta deberá **formalizarse en escritura pública** y ejecutarse en el tiempo señalado por las partes desde que tuvo lugar la notificación de la intención de ejercitar el derecho de opción de venta.
- **Autorización de la Junta de socios para llevar a término la opción de venta para el caso de que nos encontremos ante una compraventa de activos esenciales.** En el caso, sería posible entender que para el caso de Chetae, S.L. la enajenación de dichas participaciones a otra sociedad determinaría una modificación efectiva del objeto social, por lo que correlativamente se podría entender una compraventa de activos esenciales.
- Obtención de la **certificación del Consejo de Administración de Chetae, S.L.**, autorizando el cumplimiento de los requisitos esenciales para efectuar la transmisión de las participaciones.

Pasamos a analizar el **derecho aplicable a la controversia para el supuesto de que MW entendiese que no procede la opción de venta que quiere llevar a cabo Chetae.** Entendemos que sería aplicable la legislación en la que se basa este informe, la **legislación española**, llegamos a esta conclusión después del análisis que desglosaremos a continuación. 1º) Acudimos al Reglamento Roma I, para ver si le era de aplicación al caso en cuestión, pues bien, en su artículo 1 punto 2 apartado f) encontramos un precepto que indica que *se excluirán del ámbito de aplicación de este reglamento la cuestiones relativas al derecho de sociedades*, por lo que 2º) Hay que acudir a los tratados y convenios internacionales para ver si le son de aplicación y comprobamos que no lo son, remitiéndonos entonces a 3º) La legislación interna... donde encontramos dos artículos que nos indican lo expuesto en la conclusión aportada al inicio de este punto, los mismos son el 9.11 y el 10. 5 del CC, y que versan respectivamente que la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y que se aplicaran a las obligaciones contractuales aquella ley a la que se hayan sometido expresamente las partes y que en caso de falta de dicho sometimiento expreso la nacional común a las partes a falta la residencia habitual y por ultimo la celebración del contrato siendo en todos los supuestos anteriores la legislación española la competente.

Se no plantea en el apartado 5º de la consulta, **que acciones puede interponer Espuma de Marbella S.A frente a MW.** Haremos recapitulación aquí de la relación existente entre ambas entidades de forma que nos sea mas sencillo explicar la viabilidad de esta cuestión. Entendemos que Denna en virtud del contrato de Agencia, que ya hemos explicado en el primer punto de informe, tiene en exclusiva capacidad para cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de KB. Pero, además, esta apoderada y autorizada para contratar con terceros (como es el caso de Espumas de Marbella) acuerdos de sub-distribución en los términos que se considerasen necesarios. Entendemos que en dichos acuerdos de sub-distribución las partes el contrato son KB, y el tercero subcontratado en cuestión y que este tipo de relación se sienta sobre la base de un **contrato de concesión mercantil** este contrato carece de regulación legal y se utiliza en el caso objeto de estudio de la siguiente manera: KB a través de este contrato fraccionará su mercado en zonas asignadas a sus concesionarios, en el caso Espumas de Marbella tiene asignada la distribución en exclusiva de la zona de la costa del sol. La relación que pudiere haber entre MW y Espumas de Marbella deriva de la relación contractual entre MW y KB ya explicada pues KB es propiedad de NB que a su vez esta participada, junto a otra, por MW, pero realmente entre ellas no hay una relación contractual a no ser que





Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

se consiguiese probar que se puede aplicar al caso la doctrina del levantamiento del velo en donde MW con el fin de actuar a través de KB cree como sociedad vehículo NB a modo de cortafuegos, en ese caso habría que probar que efectivamente detrás de KB esta MW e intentar encajar en esa línea una relación contractual pero de no darse esa posibilidad la única acción que puede interponer Espumas de Marbella frente de MW derivaría de una relación extracontractual del artículo 1902 CC las notas que se debe probar para demostrarla son: (i) No existir relación contractual entre las partes – no la hay (ii) La persona afectada es quien debe probarlo - lo probaría Espumas de Marbella (iii) El daño debe ser cierto, directo y personal además de probarse la relación de causalidad – la ruptura del contrato de KB con espumas de Marbella no causa un daño cierto, directo y personal ni que exista un relación de causalidad, lo que sucede es que dicha situación genera un miedo a Espumas de Marbella quien cree que se puede ver perjudicado su contrato (iv) originarse en una acción u omisión que produzca un daño – Espumas de Marbella cree que la resolución del contrato de agencia entre KB y Denna le puede producir un daño (v) la relación del responsable debe ser antijurídica – no entendemos que lo sea. Tras comprobar las notas que han de cumplirse para probar este tipo de responsabilidad no recomendaríamos a nadie interponer una acción derivada del tal incumplimiento pues el sustanciamiento legal ínfimamente improbable.

**Las acciones que puede interponer Espumas de Marbella, en caso de que KB deje de cumplir lo pactado en el contrato suscrito entre ambos, a raíz del incumplimiento con Denna**, lo cual no tenemos indicios de que vaya a pasar, y no lo entendemos porque son contratos independientes, serían derivadas del 1124 del CC. que da derecho al perjudicado a escoger entre (i) exigir el cumplimiento o (ii) la resolución de la obligación, previéndose en ambas situaciones el resarcimiento de daños y el abono de intereses y la acción del 1101 del CC que garantiza una indemnización por daños y perjuicios cuando alguien incumple sus obligaciones incurriendo en dolo, negligencia o morosidad.

En este aparatado se nos consulta también por **las acciones que puede interponer NB frente a Alberto Montenegro y Denna**. Entendemos que aquí solo tiene cabida la acción contra Alberto Montenegro en calidad de vendedor de KB ya que es a quien le compra la empresa NB, y quien tiene obligaciones para con la misma. Antes de celebrar ese contrato de compra-venta no existía ningún tipo de relación entre NB y Denna, luego no podría derivarse de esa no-relación ninguna obligación ante la que quepa ejercer una acción. Cabría contemplar de nuevo una acción de responsabilidad extracontractual, y en esta ocasión apreciamos viabilidad ya que se cumplen las notas que deben darse para la misma. Pues bien, retomando las acciones de NB frente a Alberto Montenegro, nos remitimos a la pagina dos de este informe donde se trata de forma detallada las acciones que se pueden interponer.

Se cuestiona a continuación, si la **entrega de la información a Espumas de Marbella por parte de Alberto Montenegro, podría tener alguna consecuencia**. Esta pregunta tambien se encuentra detallada en la página dos del informe. En dicha pregunta concretamos el incumplimiento cometido por Alberto Montenegro, derivado del artículo 227 y 228 de la LSC, y las acciones que cabria interponer frente a los citados incumplimientos. Si tras la lectura del informe, consideraran que es necesario un análisis más detallado de este punto, no duden en hacémoslo saber.

La pregunta sexta de la consulta que se nos plantea, contiene una serie de dudas en relación al consejo que tendrá lugar el 30 de noviembre de 2021. Dichas dudas serán respondidas a continuación:

A) En cuanto a **si cabría que Tyler Barron y Pablo Aguirrebengoa pudieran adoptar acuerdos pese a la ausencia de Alberto Montenegro**. Cabe responder que como KB es una sociedad anónima se aplicaría el artículo 248 de la LSC de capital, el cual dice que para que se pueda adoptar un acuerdo del consejo de administración se necesita la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, luego habría que tenerse en cuenta que han concurrido a la sesión solo ellos dos a la hora de establecer la mayoría, en cuyo caso, si se podrían adoptar acuerdos.

B) Plantean también si **Tyler Barron y Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos aun cuando Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día**. Aquí



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

entendemos que en base al artículo 248.1 de la LSC para que se pueda adoptar un acuerdo del consejo de administración se necesita la mayoría absoluta de los consejeros concurrente a la sesión. En el caso en cuestión, con contar con los votos favorables de Tyler Barron y Pablo Aguirrebengoa, se cumpliría la mayoría necesaria que se exige por ley, por lo que la respuesta es, que si podría adoptarse el acuerdo, incluso si Alberto Montenegro comparece y vota en contra durante en el consejo de administración.

C) Frente a si **Alberto Montenegro tiene plenos derechos a comparecer en el consejo dada la situación.** Nuestra posición es que Alberto Montenegro en virtud de su condición como consejero, que dura hasta el 31 de diciembre del 2022, tendría derecho a comparecer a la reunión del día 30 de noviembre de 2021. Pese a lo afirmado hasta ahora, cabe recordar que Alberto Montenegro se encuentra ante una situación de conflicto de interés como propietario de Denna, lo cual cambia la situación. El artículo 228 c) de la LSC establece que el deber de lealtad obliga al administrador que se encuentre en una situación de conflicto de interés ya sea esta directa o indirecta, a abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones relacionadas con la situación conflictiva en cuestión. Este deber tiene que ser cumplido por todos los consejeros, por lo que Alberto Montenegro actuando en coherencia con su deber de lealtad, debería abstenerse de votar sobre la terminación anticipada del contrato de distribución formalizado entre Denna y KB. Todo lo anterior bajo las garantías del artículo 230 LSC que expone la imperatividad que opera en el régimen relativo al deber de lealtad y la responsabilidad ante su infracción.<sup>1</sup>

D) Respondemos ahora a, **si el consejo puede adoptar, aun no incluyéndose en el orden del día previsto, un acuerdo para exigir responsabilidad a Alberto Montenegro, y las alternativas que tendrían ustedes como abogados de MW para emprender una acción legal ante el propio Alberto Montenegro.** La LSC establece en su precepto 238 que el órgano que ostenta competencia para exigir responsabilidad a los administradores es la junta general, no el consejo. Establece la ley que el acuerdo podrá ser adoptado a solicitud de cualquier socio con capacidad de solicitar la convocatoria de la junta (quienes ostenten de manera conjunta o individual un 5% del capital social) pese a no constar en el orden día establecido. Por lo que, concluimos en que el consejo de administración no podrá por si solo adoptar este tipo de acuerdo, sino que se deberá para ello, convocar una junta general extraordinaria aprobándose el acuerdo por mayoría ordinaria. En cuanto, a **las alternativas a valorar como abogados de MW para emprender una acción legal contra Alberto Montenegro**, entendemos que podríamos optar por ejercitar una acción social de responsabilidad del 238 LSC, pero no desde MW sino a través de NB actuando en calidad de socio único de KB en virtud del artículo 236 LSC, el cual indica que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que puedan causar por un acto u omisión cuando incumplan deberes inherentes a su cargo, siempre que haya intervenido dolo o culpa. Desde MW tendrían la opción de actuar vía artículo 241 LSC, a través de la acción individual de responsabilidad, que deja a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder tanto a los socios como a terceros por actos que realicen los administradores lesionando los intereses de los primeros, por lo que se tendría que probar que se ha perjudicado a MW, pudiendo ejercitarse además el ya referido artículo 1902 del CC. con las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, respecto de todo lo anterior.

Se cuestionan **los riesgos que conlleva el traspaso de los 15 trabajadores realizado en su momento y cual es la situación de KB actualmente.** Para responder a esta pregunta vamos a analizar que podrían

<sup>1</sup> \*Si bien conviene nuevamente apuntar que, en base a lo detallado en el tercer punto de la consulta, precisamente la definición de consejero independiente busca en esa persona una figura exenta a este tipo de situaciones y que busque el bien social como único fin por lo que mas que plantearse esto habría que plantear el cese de Alberto Montenegro.



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

alegar los trabajadores, para así ver, en que situación se encuentra KB en la actualidad y como pueden estar preparados ante las posibles diferentes situaciones que se le planteen.

**Los trabajadores podrían intentar probar la existencia de:** (i) Cesión ilegal de trabajadores. La cesión ilegal de trabajadores se da cuando una empresa contrata a un trabajador exclusivamente para que trabaje en otra empresa, esto solamente puede hacerse cuando se trate de una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada, artículo 43.1 del ET, quedando prohibida en el resto de casos. Ante una situación así el trabajador podrá demandar judicialmente esta irregularidad mientras subsista la relación laboral, reclamando tanto a la empresa cedente como a la cesionaria. En el caso de que se le despida también podría impugnar este despido, pero siempre se recomienda previamente papeleta de conciliación. (ii) Sucesión de empresa. Pasamos a valorar la opción de que traten de defenderse alegando que hay sucesión de empresa recogida en el artículo 44 ET, y es una cesión empresarial o transmisión de la titularidad, en la que se mantiene la identidad de la organización. En este caso se debería informar a los representantes legales de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad. (iii) Perdida de la antigüedad. Aquí los trabajadores podrían alegar que al cambiarlos de empresa han perdido la antigüedad que poseían en la otra compañía y podrían perder los beneficios que conlleva tener dicha antigüedad. (iv) Despido improcedente. Para el caso en que los trabajadores volvieran a KB, y que dada la situación económica de esta no pudieran hacer frente a sus salarios y tuvieran que ser despedidos, los mismos podrían alegar un despido improcedente.

**En base a esas acciones KB se puede encontrar en diferentes situaciones y recomendamos actuar como detallaremos a continuación**, pero antes añadir que nosotros pensamos que este traspaso de trabajadores se realice acorde a derecho: (i) Frente a la cesión ilegal de los trabajadores. Habría que probar que realmente este es el caso para ello hay una serie de notas típicas: a) la empresa en la que trabajas es la que te organiza y da ordenes – no contamos con esta información b) la empresa cesionaria es propietaria de los medio empleados para trabajar – entendemos que si c) te paga la cedente – aquí entendemos que paga Denna y por eso el hecho de que vuelvan ahora esos trabajadores puede suponer un problema d) el contrato entre las empresas tiene como objeto la mera puesta a disposición de los trabajadores – no se da e) la empresa cedente carece de actividad propia – no. Puesto que no se dan las notas para que exista cesión ilegal de trabajadores KB tendría las de ganar si se ejercita esta acción. (ii) No se da la sucesión de empresa porque a) no hay una confusión de plantillas b) una compraventa de participaciones no es una sucesión de empresa. (iii) Ante la tercera diríamos que la antigüedad en una empresa solo se pierde cuando se extingue la relación laboral o bien por finalización de un contrato temporal o bien por un despido. En este caso en base a lo que se desprende de la consulta entendemos que no hubo una extinción de la relación laboral si no un traspaso interno pues el objeto del trabajo que realizaban tenía más sentido desde Denna, si hubo una extinción se podría tratar de llegar a un acuerdo con estos trabajadores a fin de que no perdiesen la antigüedad adquirida. (iv) Para esto solo cabría realizar un despido procedente acorde con lo legalmente previsto respecto a las causas y requisitos legales (periodo de consultas, preaviso, justificación acorde al 54 ET, carta de despido, finiquito)

Ante todas podríamos intentar alegar que se trata de una cesión legal de trabajadores en el supuesto de grupos de empresa. La prestación de servicio para las diversas sociedades que conforman un grupo en principio no sería una práctica ilícita, sino que la jurisprudencia considera que responde a razones técnicas y organizativas, porque el grupo se estaría entendiendo como un único empresario. El problema aquí sería determinar si Denna y KB conformarían un grupo, el artículo 42.1 de Código de Comercio entiende que existe un grupo de empresas cuando una sociedad ostente directa o indirectamente el control de otras sociedades y se podría intentar plantear que así era a fin de justificar la cesión legal.



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

Y por último se nos plantea **que impacto puede tener lo que indica BankSuisse, S.A para la inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad tanto para su validez como para el conjunto de la operación.** En primer lugar, decir que la hipoteca es un **derecho real** recogido en nuestro ordenamiento jurídico, que tiene como fin garantizar el cumplimiento de una obligación o pagar una deuda. La hipoteca del supuesto no ha quedado válidamente constituida al faltar su inscripción en el registro de la propiedad por lo que sería **una garantía nula.**

Nos encontramos con un problema de asistencia financiera donde hay que observar (i) Quien es el dueño de las participaciones sobre las que se constituye y (ii) Quien concede diga garantía.

La asistencia financiera se define como aquella operación mediante la cual una sociedad ayuda a un tercero de manera tanto directa como indirecta para adquirir sus acciones o participaciones, El artículo 150 LSC sanciona la vulneración de asistencia financiera y reza que las sociedades anónimas no pueden prestar garantías ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de de sus acciones o de participaciones. Salvo dos excepciones: (i) cuando la finalidad sea que el personal de la empresa adquiera las acciones de la misma o de una del grupo. Y (ii) cuando se realice por una entidad de crédito para su objeto social y este sufragada con bienes libres de la sociedad. La razón de prohibir la misma se encuentra en que cuando una sociedad ayuda con esta financiación a X para que pueda adquirir la condición de socio de la misma lo que esta produciendo es una disminución del pasivo de la sociedad y viéndose perjudicada la integridad del capital social y los socios y acreedores de la misma. En el caso en cuestión nos encontramos ante un problema de asistencia financiera pues se esta prestando una garantía mediante esta hipoteca que facilita la adquisición de NB de sus acciones.

Las responsabilidades que se derivan de lo anterior son: (i) Civil (6.3 CC) Nulidad de la hipoteca. (ii) Mercantil (236 y ss. LSC) acción de responsabilidad de los administradores. (iii) Administrativa (175 LSC) sanción mediante una multa. (iv) Penal (252 CP)

En cuanto a la **nulidad del negocio de asistencia financiera** aporta Jesús Alfaro, en su artículo Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propia, para almacén de derecho, que la doctrina y la jurisprudencia son conformes en que la nulidad no se extiende al de negocio de adquisición “asistido” y afecta únicamente al negocio que articula la asistencia financiera, es decir, al de financiación así lo avala la STS de 1 de octubre de 2018, mas en este caso al no haberse completado el registro de la hipoteca, y por tanto no ser constitutiva no entenderíamos que se declarase nulo dicho préstamo.



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

## V. RECOMENDACIÓN

En base a todo lo visto a lo largo del informe, pasaremos ahora a hacer una **recomendación sobre como pensamos que se debería actuar en el tema en cuestión, tanto a corto como a largo plazo.**

**A corto**, a fin de mejorar la situación actual en la que se encuentra KB y por ende en la que se encuentra MW, quien es parte de NB, socio único de KB, y **más a largo plazo**, las medidas preventivas a tomar para situaciones que se puedan dar en el futuro.

Como **primera medida** recomendamos, que, en junta general extraordinaria, se proceda a cesar a Alberto Montenegro como consejero independiente por vía del artículo 223 LSC, sin haber lugar a la indemnización por cese que recoge el 217.2 f de la LSC; puesto que ha incumplido sus funciones al no tomar decisiones de manera neutral por tener intereses contrapuestos. Dicho cese, como ya se ha mencionado a lo largo del informe, especialmente en el apartado de la consulta 3ª procedería, puesto que su nombramiento como consejero independiente no es conforme a derecho, al no cumplir los requisitos necesarios para tal cargo, lo cual puede repercutir en un mal funcionamiento de la sociedad, puesto que el consejero independiente es una figura en la que se busca la imparcialidad en la toma de decisiones, y como ha quedado mas que demostrado a lo largo del presente informe, Alberto Montenegro no cumple con los requisitos propios del cargo.

Se podría evaluar incluso, si así se nos solicitase, plantear una indemnización por daños y perjuicios, puesto que Alberto Montenegro conocía que no podía ser consejero independiente, y aun así acepto el cargo a sabiendas de que podía frenar el buen progreso de la sociedad. **Nuestra recomendación**, como no puede ser de otra manera, es que las decisiones que se vayan a tomar en el seno del consejo del próximo día 30 de noviembre, se realicen con el objetivo de buscar en todo momento el beneficio de la sociedad.

El **problema que se nos puede plantear** es que Alberto Montenegro tiene un contrato de permanencia en dicha posición hasta el 31 de diciembre de 2022, y de producirse un cese anticipado daría lugar a una indemnización, la cual se podría intentar evitar alegando que Alberto Montenegro acepto un cargo para el que no cumplía los requisitos y actuó de mala fe y pensado sobre todo en el beneficio de su otra sociedad, Denna, y por todo ello, tratar de negociar con KB para que no solicite indemnización por daños y perjuicios a cambio de que el Sr. Montenegro no la pida por cese anticipado; o bien cualquier otro acuerdo económico, tratando en todo caso de evitar la vía judicial.

En relación al punto anterior planteamos **nuestra segunda recomendación**, la cual consiste en un **seguro de D&O**. Estructuraremos la pregunta en base a los beneficios que tendríamos, si Alberto Montenegro tuviese contratado este tipo de seguro, y porqué sería interesante plantearlo en un futuro para el resto de los administradores, en el caso de no tenerlo.

En primer lugar, decir que los seguros de D&O asumen el coste de la defensa jurídica por actos inapropiados de los administradores y se hacen cargo de las indemnizaciones a las que la ley les obligue. A lo largo de este informe hemos teorizado con **posibles indemnizaciones y reclamaciones** que se le podrían plantear a Alberto Montenegro **por el incumplimiento de sus funciones y deberes como consejero**. Pues bien, si contase con un seguro de D&O, se garantizaría el que por todas estas acciones se obtendría la indemnización relativa a los perjuicios cometidos por aquel durante el ejercicio de su cargo, incluidos a los que la ley obliga a responder con su patrimonio personal. Son muchos los requisitos que deben cumplir los administradores, y el hecho de poseer este tipo de seguros supone una garantía en los actos propios del día a día. En el caso de Alberto Montenegro, si el mismo contara con dicho seguro, la compañía aseguradora cubriría los gastos mencionados. Por ello **recomendamos** que, si no se posee este seguro entre los miembros de KB, extendiendo la recomendación a MW y NB, se suscriba a partir de ahora con el fin de velar por los intereses de la sociedad, del administrador y de terceros.



Alberto Aguilera, 23,  
Madrid, 28015  
ESPAÑA  
+34 654 123 782

En esta línea de cobertura de riesgos proponemos ahora, la **opción de establecer un seguro de Representations & Warranties.** Desconocemos si se contrato para el caso en cuestión, porque no se nos detalla esa información al respecto, por lo que destacaremos las **ventajas** con las que se cuenta o se contarían para el caso de no tenerlo y recomendaremos optar siempre por esta opción en un futuro. Anticipábamos en otro punto del informe, que detallaríamos mas adelante la recomendación que a continuación pasamos a exponer, con el fin de ver las opciones que se tienen en caso de que se hubiese establecido este tipo de seguro, y en caso contrario, examinar las ventajas de haberlo tenido, sobre todo de cara a su contratación en un futuro.

Hemos hablado de la **importancia de que en la compraventa** (de NB a KB en el presente caso), **se estableciera una cláusula de manifestaciones y garantías** en la se debería recoger, que toda la información que se conoce se encuentra en la *due diligence* realizada, concretándose sanciones ante el incumplimiento (como es el caso del contrato de agencia con Denna).

El seguro mas común es el contratado por el comprador y lo que busca es cubrir los daños o la perdida patrimonial que los mismos sufren derivada del incumplimiento por parte del vendedor de las R&W del contrato. En el caso de los seguros del comprador, además es habitual que se cubra la actuación dolosa o fraudulenta, pues no proviene del propio asegurado, como en este caso, donde quien ha cometido la actuación dolosa, al no entregar el contrato con Denna ha sido el vendedor, Alberto Montenegro. Por todo lo anterior, reiteramos que nuestra recomendación sería, en la mayoría de las situaciones, **un seguro de R&W para el comprador**. Las **ventajas** que tiene o tendría NB, con este seguro serían: (i) Las negociaciones son mas fáciles y rápidas porque la tranquilidad de contar con este tipo de seguro, elimina no pocas las tensiones durante las negociaciones. (ii) Se transfieren los riesgos de la operación desde el primer momento a la aseguradora. (iii) Situación de la aseguradora como tercero independiente, ante una reclamación por incumplimiento. (iv) Indemnización directa del daño. (v) Solvencia de la parte que hace frente a la indemnización. (vi) También aporta tranquilidad en inversiones en jurisdicciones desconocidas, esto es una ventaja para su cliente, MW como socio único de NB. (vii) Hace la oferta de compra más atractiva.

Por todo lo anterior, NB ante la falta de entrega de toda la documentación por parte de Alberto Montenegro, y la correspondiente desinformación a la hora de valorar lo óptima que era la compra, podrá pedir las indemnizaciones que se detallan en el informe, y estas serian sufragas por la aseguradora, **por lo que concluimos, que dicho seguro es una opción altamente recomendable.**

Esperemos que lo anterior les sea de ayuda, así como recibir sus instrucciones en el caso de que finalmente, decidan ejercitar alguna de las acciones indicadas en el informe. Si tienen algún comentario o consulta, no duden en ponerse en contacto con Almudena Polo Ocaña ([Apolo@APabogados.com](mailto:Apolo@APabogados.com))

Atentamente,

Almudena Polo Ocaña