



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO FIN DEL MASTER EN DERECHO DE
EMPRESA**

Autor: Alin Ciprian Morariu

Tutor: D. Bruno Martín Baumeister

Madrid

Enero 2022

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
1.1	OBJETO DEL INFORME	1
1.2	DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN	1
2.	CUESTIONES JURÍDICAS DIMANANTES DE LA OPERACIÓN: ANÁLISIS JURÍDICO	2
2.1	POSIBLES ACCIONES Y DEFENSAS:	2
2.1.1	Posibles acciones a interponer por Denna, S.L. en virtud del contrato de distribución con Kvothe Beer, S.A. y defensas de Kvothe Beer, S.A. frente a Denna, S.L.....	2
2.1.2	Posibles acciones a interponer por Kvothe Beer, S.A. y NewCo Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro.	4
2.1.3	Posibles acciones a interponer por D. Alberto Montenegro frente a NewCo Buyer, S.L., Chetae, S.L. y MarvelWeisser, Inc. como miembro del Consejo de Administración.	6
2.2	PROCESO PARA EJERCITAR LA OPCIÓN DE VENTA Y DERECHO APLICABLE ANTE UNA POSIBLE CONTROVERSIA.....	6
2.3	RELACIÓN MARVELWEISSER CON ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. COMPLICACIONES.	7
2.4	REUNIÓN Y ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN	8
2.5	TRASPASO DE TRABAJADORES	9
2.6	GARANTÍAS EN FAVOR DE BANKSAVA, S.A. Y DE BANKSUISSE, S.A.	10
3.	ESTRATEGIA LEGAL A SEGUIR POR LAS PARTES	11
4.	CONCLUSIONES	12

1. INTRODUCCIÓN

1.1 OBJETO DEL INFORME

El presente informe (el “**Informe**”) se emite a petición de MarvelWeisser Inc. (“**MarvelWeisser**” o la “**Sociedad**”) y en él se analizan diversas implicaciones legales de la adquisición indirecta, a través de NewCo Buyer, S.L. (“**NewCo**”) del cien por cien de las acciones en que se divide el capital social de Kvothe Beer, S.A. (“**Kvothe**”) por MarvelWeisser y un socio financiero local, Chetae, S.L. (“**Chetae**”), y se facilita, al mismo tiempo, una estrategia legal concreta a seguir por la Sociedad en relación con la operación de compraventa de acciones (la “**Operación**”) que se pretende llevar a cabo.

MarvelWeisser y Chetae serán denominadas, cada una (la “**Parte**”), y conjuntamente, (las “**Partes**”).

En particular, el objeto del Informe se centra en el análisis de las principales implicaciones legales de los negocios jurídicos llevados a cabo o que pretenden llevarse a cabo por la Sociedad a efectos de formalizar la Operación, prestando especial atención a aquellos que puedan considerarse contrarios a derecho y puedan acarrear alguna responsabilidad para la Sociedad, todo ello con el fin de valorar cuál es la estrategia más beneficiosa para formalizar la Operación.

1.2 DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN

Para acometer la Operación, MarvelWeisser decide contar con la colaboración de Chetae como socio financiero local, constituyendo, de forma conjunta, una sociedad vehicular, NewCo, participada al 50% por cada Parte.

En pos de dotar a NewCo de los fondos necesarios para sufragar el coste de la Operación, las Partes acuerdan:

- Aumentar el capital social de NewCo, fijado tras su creación en 3.000 participaciones sociales de un euro (1 €) de valor nominal, por un importe de tres mil euros (3.000 €), mediante la creación y puesta en circulación de tres mil (3.000) nuevas participaciones sociales de un euro (1 €) de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del 3.001 al 6.000, ambos inclusive (las “**Nuevas Participaciones**”)

El tipo de emisión unitario de las **Nuevas Participaciones** es de 26.666,6667 € correspondiendo 1 € a valor nominal y 26.665,6667 € a prima de asunción. En consecuencia, la prima de asunción total correspondiente a las nuevas participaciones que se crean es de setenta y nueve millones novecientos noventa y siete mil euros (79.997.000 €).

Cada una de las Partes, asume un total de 1.500 nuevas participaciones.

- Solicitar financiación externa a Banksanva, S.A. (“**Banksanva**”) en favor de NewCo por importe de ciento treinta millones de euros (130.000.000 €).

Contando así con los fondos necesarios para acometer la Operación, las Partes hacen una oferta a D. Alberto Montenegro (el “**Vendedor**”), titular del cien por cien del capital social de Kvothe para la compra de sus acciones en la Sociedad, a cambio de un precio de 200.000.000 €, quien acepta la oferta.

Así pues, la compraventa de Kvothe se formaliza el 25 de febrero de 2020 por medio de la elevación a público del contrato de compraventa firmado por las partes en la misma fecha.

Aunque inmediatamente después de la compraventa de las acciones por las Partes la relación con el Vendedor gozaba de buenos términos, diversas desavenencias entre ellos desencadenaron varios problemas que deben ser analizados.

2. CUESTIONES JURÍDICAS DIMANANTES DE LA OPERACIÓN: ANÁLISIS JURÍDICO

2.1 POSIBLES ACCIONES Y DEFENSAS:

2.1.1 Posibles acciones a interponer por Denna, S.L. en virtud del contrato de distribución con Kvothe Beer, S.A. y defensas de Kvothe Beer, S.A. frente a Denna, S.L.

Como punto de partida es necesario determinar la naturaleza jurídica del contrato existente ente Kvothe y Denna, S.L. ("**Denna**"), a efectos de poder fundamentar las posibles acciones a interponer por Denna.

En este sentido, cabe afirmarse que se trata de un contrato de agencia, pues en virtud de dicho contrato, Denna adquiere la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros, de forma indefinida en el tiempo, y por cuenta de Kvothe, apoderándosele, al mismo tiempo, para poder contraer con terceros acuerdos de sub-distribución. Precisamente, los términos en que se firma dicho contrato, coinciden plenamente con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia (en adelante, "**LCA**"), que define la esencia del contrato de agencia haciendo referencia a sus elementos: (i) obligación del agente frente a otro, el empresario, de manera continuada o estable a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, (ii) a cambio de una remuneración, y (iii) sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.¹

En este sentido, la naturaleza del contrato firmado entre Kvothe y Denna coincide plenamente con la naturaleza del contrato de agencia, debiendo prestar especial atención a la vocación de permanencia en el tiempo de la relación contractual entre Kvothe y Denna, no pudiendo obviarse que dicha relación existe desde los principios de Kvothe, contando, por tanto, con una duración cercana a los 20 años. Además de lo anterior, es necesario señalar que existe la independencia del agente a la que hace referencia el artículo 2 de la LCA, al no existir dependencia organizativa entre agente y empresario, pudiendo el primero organizar su actividad profesional sin interferencia del empresario. Asimismo, existe un pacto de exclusividad geográfica entre Kvothe y Denna, elemento este último característico también, aunque no únicamente, del Contrato de Agencia, cuya existencia viene reconocida en el art. 12 de la LCA.

Por otra parte, debe prestarse atención al apoderamiento a Denna para contratar con terceros acuerdos de sub-distribución, coincidiendo esta figura con la del sub-agente.

Vista la naturaleza del contrato celebrado entre Kvothe y Denna, respecto de las acciones que pueden ser interpuestas por Denna, caben destacarse las siguientes:

- (i) Reclamación de indemnización por clientela, recogida de forma expresa en el artículo 28 de la LCA, e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, principalmente en cuanto a sus requisitos, estableciendo el Alto Tribunal la necesidad de que dichos requisitos, establecidos con claridad en el artículo 28, se cumplan con carácter cumulativo.²

En este sentido, como dicta la jurisprudencia del Alto Tribunal, para que pueda concurrir el derecho a la indemnización por clientela, es necesario que se cumplan varios requisitos, entre los que cabe destacar: (a) que se produzca la extinción del contrato de agencia, (b) que el agente hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, (c) que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y (d) que la compensación resulte

¹ Aunque por regla general, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 1, el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones que lleva a cabo en nombre del empresario, frente a ello, cabe pacto en contrario de las partes. Así lo entienden también los Tribunales nacionales; véase la *SAP de Valencia, de 23 de octubre de 2000*.

² En este sentido se pronuncia la *STS núm. 830/2009, de 4 de enero de 2010*.

equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda el agente o por las demás circunstancias que concurran.³

- (ii) Reclamación de los daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato de agencia entre Kvothe y Denna, siempre que ello no permita al agente amortizar gastos⁴ de inversión en los que hubiera incurrido para realizar su actividad. En este sentido, ha de prestarse atención a lo dispuesto en el artículo 29 de la LCA, que reconoce, de manera expresa, la posibilidad de reclamar dicha indemnización, requiriéndose para ello denuncia unilateral del contrato de agencia por parte del empresario, sin respetar el plazo de preaviso que a estos efectos la LCA fija en un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses.

Asimismo, es importante señalar que existe una plena compatibilidad entre la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios.⁵

- (iii) Además, el agente puede solicitar una indemnización por daños y perjuicios que se le produzcan, distintos de los supuestos anteriores, en virtud del artículo 1.101 del Código Civil (en adelante, “CC”). Véase, en este sentido, una indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso.

En cuanto a la posible defensa de Kvothe, se ha de partir de la premisa de que se encuentra en una situación considerablemente complicada. Aunque con pocas probabilidades y sin garantías de prosperar, Kvothe podría argumentar que la resolución del contrato de agencia firmado con Denna se debe al grave impacto ocasionado por la COVID-19 y las restricciones que se impusieron para hacerle frente, que supusieron un detrimento de más del 40% de las cifras de venta.

Así pues, en este sentido, Kvothe debe invocar la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” argumentando que debido a la situación excepcional que está soportando, le resulta imposible o altamente gravoso continuar con el contrato de agencia en los términos en que este se pactó. Dicho lo anterior, es necesario remarcar que traer a colación la cláusula “*rebus sic stantibus*” puede funcionar desde la perspectiva de modificación de las condiciones del contrato⁶, mas no en el sentido de resolver el mismo.⁷

Por último, respecto de la peor de las situaciones en las que podría encontrarse Kvothe, sería, precisamente, que se vea obligado a indemnizar a Denna por todos los conceptos arriba descritos, así como, adicionalmente a lo anterior, que su actuación pueda ser calificada como competencia desleal en virtud de lo dispuesto en el Ley 3/1991, de Competencia Desleal. En relación con esto último, el artículo 16.3.a) de dicha Ley dispone que se considerará desleal la “*ruptura (...) de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses (...)*”, si bien, dicho precepto, de acuerdo con su interpretación jurisprudencial,

³ En este sentido se pronuncian la STS núm. 1020/2008, de 10 de noviembre, la STS núm. 1156/2004, de 30 de noviembre, o la STS núm. 19/2003, de 27 de enero.

⁴ Para ello, como viene reconociendo el Tribunal Supremo en Sentencias como la núm. 506/2007, de 16 de mayo, o la núm. 2308/2016, de 30 de mayo, se exige que dichos gastos se hayan generado por mandato del empresario y para el cumplimiento del encargo.

⁵ El Alto Tribunal se pronuncia en este sentido en la STS núm. 977/2005, de 19 de diciembre, reconociendo tal compatibilidad al entender que la naturaleza de la indemnización por clientela es compensatoria (STS núm. 206/2015, de 3 de junio), mientras que la naturaleza de la indemnización por daños y perjuicios es indemnizatoria.

⁶ En este sentido, aun no siendo la tendencia general, se pronuncia el Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, en el Auto núm. 447/2020, de 25 de septiembre, suspendiendo primero, y modificando luego la renta a pagar por un local destinado a la hostelería, por causa del estado de alarma.

⁷ Con carácter general, fuera de aquellos casos en que no es posible restaurar la economía del contrato, tanto doctrina como jurisprudencia han venido negando que la cláusula “*rebus sic stantibus*” goce de efectos rescisorios, resolutivos o extintivos de los contratos, no obstante, la Sentencia núm. 206/2021, de 13 de abril, del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona nº 6, reconoce una suerte de efectos resolutivos, al eximir al demandado del pago de la renta de un contrato de arrendamiento.

ha de entenderse en el sentido de que se trata de “actos desleales frente al mercado cuya represión como actos de competencia desleal sólo tiene sentido en la medida en que exista una situación de dependencia económica” y que “en modo alguno cualquier ruptura de relaciones comerciales, efectuada sin el preaviso de seis meses, conduce a la aplicación de la LCD ni a la declaración de la deslealtad de la conducta, por más que pudiera encontrar reproche en otras normas jurídicas”.⁸

Así pues, en definitiva, si se considera que existe dependencia económica entre Kvothe y Denna, lo cual podría ocurrir, puesto que Denna se constituyó con el único propósito de impulsar el negocio de Kvothe y facilitar la distribución, Kvothe correría riesgo de que su actuación se considere constitutiva de competencia desleal, pudiéndose enfrentar, por tanto, a cuantiosas multas de las autoridades de competencia.

2.1.2 Posibles acciones a interponer por Kvothe Beer, S.A. y NewCo Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro.

Con respecto a Kvothe, debe partirse de la premisa de la relación que existe entre ésta y el Sr. Montenegro, pues no debe obviarse que este último está especialmente ligado a la sociedad, al ser uno de los administradores de la misma. Precisamente, para el correcto y leal desempeño del cargo de administrador, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “LSC”) fija unos deberes con los que todo administrador debe cumplir. Concretamente, en los artículos 227 y 228 de la citada ley se regula el deber de lealtad de los administradores, que obliga a que estos “desempeñen su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.

D. Alberto, dadas sus actuaciones, vulnera de forma inequívoca el deber de lealtad por el que está afecto. En concreto, las actuaciones del Sr. Montenegro son contrarias a lo dispuesto en el artículo 228.b) de la LSC, que le obliga a “guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera”.⁹

En virtud de lo anterior, Kvothe podrá interponer frente al Sr. Montenegro las siguientes acciones:

- (i) Acción social de responsabilidad (artículo 238 de la LSC), que se entablará por la Sociedad, previo acuerdo de la junta general, que en el presente supuesto consistirá en decisión del accionista único, y que podrá adoptarse aun no constando en el orden del día.

Para que la acción social de responsabilidad prospere será necesario acreditar que se ha producido un perjuicio al interés social¹⁰ que en el presente supuesto puede entenderse se ha producido por el hecho de que la información filtrada por el Sr. Montenegro ha causado incertidumbre en el mercado, suponiendo un perjuicio para la reputación de Kvothe, lo que puede traducirse en un perjuicio patrimonial, bien por pérdida de clientela, bien por descenso de ventas.

- (ii) Como complemento a la anterior acción, de considerarlo oportuno, Kvothe podría acordar el cese de D. Alberto Montenegro como administrador. Ello en virtud de lo dispuesto en los arts. 223 y 224.2 de la LSC. En este sentido, es oportuno tener en cuenta que, al tener Kvothe un

⁸ En este sentido, cabe hacerse mención a la SAP de Madrid núm. 17200/2016, de 16 de diciembre.

⁹ El Tribunal Supremo, a estos efectos, aclara en la STS núm. 662/2011, de 4 de octubre, que para que se considere vulnerado tal deber es preciso (i) que la información se comunique o divulgue a terceros y (ii) que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado, que es, precisamente, lo que ocurre en el presente supuesto.

¹⁰ El interés social viene siendo interpretado por el Alto Tribunal en Sentencias como la núm. 377/2007, de 29 de marzo, o la núm. 873/2011, de 7 de diciembre, como el interés de la sociedad en su conjunto, y no coincidente únicamente con el interés de los socios, incluyendo tanto a los socios, administradores, trabajadores y acreedores.

único accionista, NewCo, es suficiente con que el accionista único adopte tal decisión, que, a diferencia de la regla común, no es necesario que conste en el orden del día.¹¹

Por otra parte, NewCo podrá interponer frente al Sr. Montenegro las siguientes acciones:

- (i) Relacionada con la acción de responsabilidad social que podría interponer Kvothe contra el Sr. Montenegro, cabe afirmarse que dicha posibilidad la tiene también, en cierta medida, el accionista único, pues así lo reconoce el artículo 239.1, apartado 2º de la LSC, al afirmar que *“el socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general”*. En este sentido, si bien, ha de hacerse mención de que, al tratarse de un accionista único, esta variante puede carecer de aplicación material.
- (ii) Asimismo, NewCo, en tanto accionista único de Kvothe, podrá solicitar a Kvothe para que se acuerde el cese de D. Alberto como consejero.
- (iii) Por otra parte, en relación con el proceso de *“due diligence”* previo a la compraventa, es necesario poner de manifiesto que se ocultó a NewCo la existencia del contrato entre Kvothe y Espumas de Marbella, S.A. (**“Espumas”**). En este sentido, es común en el mercado, para este tipo de operaciones, para lograr un mayor grado de protección al comprador del que otorgan los medios del CC, que el vendedor otorgue una serie de manifestaciones y garantías precisamente para asegurar al comprador que la imagen de la sociedad a adquirir es la real y leal.

Por tanto, en caso de que el vendedor incumpla una manifestación no garantía otorgada en este sentido, cabría reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, ello con base en el artículo 1.101 del CC, al existir un contrato de compraventa entre NewCo y D. Alberto.¹²

Si bien, dicho lo anterior, cabe también mencionarse que NewCo podría enfocar esta cuestión desde el punto de vista del artículo 1.485 y 1.486 del CC. Así pues, se observa que en el presente supuesto existe un vicio oculto, dado que se oculta la existencia del contrato con Espumas, lo que supone para Kvothe un perjuicio, al no contar con la existencia de dicho contrato. No obstante, una reclamación por vicios ocultos, ya sea por medio de la *acción quanti minoris* o la *acción redhibitoria*, no sería recomendable, dado que la misma, aun contando la suspensión de los plazos de prescripción por el estado de alarma, se deberá entender prescrita, al haber transcurrido más de seis meses desde la perfección de la compraventa.

Visto esto, cabe mencionar, en último lugar, que debe prestarse especial atención a la regla *“caveat emptor”*, que se configura como un principio de la compraventa entendiéndose en el sentido de que el comprador tiene obligación de informarse, llevando así al comprador a asumir como propio el riesgo derivado de la compra, configurado en contraposición con la obligación del vendedor de facilitar la información. Si bien, en este caso, puesto que D. Alberto conoce la información, estaríamos ante una omisión dolosa.

¹¹ En este sentido, cabe hacer mención a la *Resolución de la DGRN (ahora DGSJFP) de 23 de julio de 2019*, en la que el órgano rector admite la posibilidad de cesar al administrador sin que ello conste en el orden del día, así como también el nombramiento de un administrador sustituto. Si bien, al mismo tiempo, indica que no es posible que se cambie la estructura del órgano de administración sin que ello conste en el orden del día.

¹² Es necesario tener en cuenta que la parte que pretenda la indemnización deberá probar el daño causado. En este sentido, el Alto Tribunal aclara en la *STS núm. 7359/1994, de 15 de noviembre*, que el daño indemnizable se reducirá si la parte perjudicada pudo actuar para mitigar las consecuencias del daño y no lo hizo.

2.1.3 Posibles acciones a interponer por D. Alberto Montenegro frente a NewCo Buyer, S.L., Chetae, S.L. y MarvelWeisser, Inc. como miembro del Consejo de Administración.

Con respecto a la cuestión planteada, parece complicado que D. Alberto, en su papel de miembro del consejo de administración, disponga de alguna acción a dirigir contra NewCo, MarvelWeisser o Chetae, puesto que no existe ningún tipo de relación contractual entre D. Alberto y las mencionadas sociedades.

Por tanto, si bien Alberto no dispone de ninguna acción directa, salvo en frente a NewCo, como se expondrá a continuación, sí puede ejercitar una acción que afectaría, si bien de forma indirecta, a dichas sociedades. En este sentido, D. Alberto, en tanto miembro del consejo de administración, podrá, con base en lo dispuesto en el artículo 250 de la LSC, impugnar aquellos acuerdos sociales que considere lesivos del interés social, de acuerdo con el sentido que se da a dicho término en los anteriores apartados.¹³

En este sentido, es posible que D. Alberto impugne los siguientes acuerdos sociales:

- (i) El acuerdo del consejo por el que se pretende poner fin al contrato firmado con Denna, esgrimiendo que dicha terminación es perjudicial para el interés social, dado que podría suponer una importante pérdida de clientes para Kvothe, puesto que es Denna, quien, desde el inicio de la relación, aporta numerosos clientes a Kvothe.
- (ii) El acuerdo de suscripción del préstamo participativo entre MarvelWeisser, como prestamista y Kvothe como prestatario, en función de si considera que las condiciones en que se acuerda dicho préstamo son perjudiciales para Kvothe, como por ejemplo en el supuesto de que se establezca un interés demasiado elevado. En tal supuesto, también podría esgrimirse la lesión del interés social como motivo de impugnación.

Como se adelantaba más arriba, D. Alberto sí gozará de una acción directa contra NewCo, al ser esta la socia única de Kvothe. En este sentido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 206 de la LSC, D. Alberto, en tanto miembro del consejo de administración de Kvothe, está legitimado para la impugnación de los acuerdos sociales, de forma que, si por ejemplo, la sociedad decide ejercitar la acción de responsabilidad contra él y le cesa, este podrá impugnar dicho acuerdo del socio único, siempre que dicho acuerdo sea nulo, por ser contrario a la ley o al orden público, o anulable por ser contrario a los estatutos o por lesionar el interés social.

2.2 PROCESO PARA EJERCITAR LA OPCIÓN DE VENTA Y DERECHO APLICABLE ANTE UNA POSIBLE CONTROVERSIA.

Ha de partirse de la premisa de que la opción de venta (o “**put option**” por su denominación en inglés) consiste en una figura contractual atípica, cuya principal fuente de regulación la constituye la libre voluntad de las partes,¹⁴ constituyéndose como un “pacto de salida” de la sociedad.

Precisamente por regir la autonomía de la voluntad, es necesario estar a lo que el contrato estipule al respecto, si bien, es común que, junto a este tipo de contratos que regulan put options, la parte que se obliga a adquirir las acciones, otorgue un poder irrevocable a la transmitente, para facilitar el proceso.

Dicho lo anterior, el proceso de ejercicio de la put option puede resumirse como sigue:

- (i) Verificar que el ejercicio de la opción se encuentra vigente para poder proceder a su ejecución. Se debe comprobar si en el contrato regulador de la opción, se establece un plazo

¹³ Véase el apartado 2.1.2 *supra*.

¹⁴ Cabe destacar, en relación con ello, la *SAP de Barcelona núm. 178/2020, de 22 de mayo*.

determinado para su ejercicio. Asimismo, comprobar que se cumple con la premisa contenida en el contrato de socios que faculta el ejercicio de la put option “*que los resultados financieros de Kvothe en tres años consecutivos sean inferiores a plan de negocio*”.

- (ii) Cumplidos los requisitos anteriores, Chetae deberá comunicar a MarvelWeisser su intención de ejercitar la put option, que deberá ejercitarse para el total de las acciones.

Asimismo, es recomendable también que anuncie su intención a Banksanva, pues debe recordarse que las participaciones sociales de NewCo están otorgadas en prenda, siendo posible que en el contrato de prenda exista una prohibición de enajenación, en cuyo caso se requerirá una autorización o *waiver* de Banksanva.

- (iii) A continuación, deberá determinarse el precio de la put option en el supuesto de que las partes, en su contrato, no hubiesen establecido un precio fijo. Para dicho cálculo, deberá tenerse en cuenta lo que dispone el contrato.
- (iv) La compraventa de las participaciones de NewCo deberá elevarse a escritura pública (de haberse llevado a cabo en contrato privado), debiendo ejecutarse en el plazo de tiempo que las partes hayan fijado en el contrato a tal efecto desde el momento de la notificación de la intención de ejercicio de la put option.
- (v) En caso de que las participaciones que Chetae tiene en NewCo se consideren como activo esencial a efectos del art. 160.f) de la LSC, se requerirá acuerdo de la Junta de Socios de Chetae para proceder a la enajenación.
- (vi) Se requerirá certificación del órgano de administración de NewCo de que se cumple con los requisitos esenciales legales y estatutarios para que la operación se lleve a cabo.
- (vii) Perfeccionada la compraventa, se deberá otorgar escritura de unipersonalidad de NewCo.

Respecto a la ley aplicable en el supuesto de que concurra una controversia respecto del contrato, en primer lugar, debe descartarse la aplicación del Reglamento 593/2008 (reg. Roma I), dado que el artículo 1.2.f) de este indica que no será aplicable a “*las cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades (...) relativas a cuestiones como el funcionamiento interno (...)*”. Descartada su aplicación, debemos acudir a la normativa nacional, y es, precisamente, siguiendo las reglas de determinación de la ley aplicable recogidas en el artículo 10.5 (obligaciones contractuales) por lo que podemos afirmar que la ley aplicable sería la española.¹⁵ Al mismo punto conduciría la aplicación del artículo 9.11 del CC.

2.3 RELACIÓN MARVELWEISSER CON ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. COMPLICACIONES.

Debemos partir de que entre MarvelWeisser y Espumas no existe ningún tipo de contrato, sino que únicamente les une una relación indirecta, al ser MarvelWeisser, en último término, titular del 50% de Kvothe, de forma que no será posible una reclamación con base contractual.

Así pues, Espumas podrá accionar contra MarvelWeisser solamente por la vía del artículo 1.902 del CC (responsabilidad extracontractual) en aquel supuesto en que se le ocasione un perjuicio debido a la actuación de MarvelWeisser.

Respecto de una posible reclamación por parte de NewCo frente al Sr. Montenegro, por haber, este último ocultado, a sabiendas, el contrato existente entre Kvothe y Denna, como se afirma en el apartado 2.1.2 del presente informe, es posible solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que dicha ocultación puede suponer para NewCo, vía artículo 1.101 del CC, dado que existe un

¹⁵ Ello es así dado que las partes en el pacto de socios no se han sometido expresamente a ninguna ley, no existiendo, a la vez nacionalidad ni residencia común, de forma que se aplicará la regla del lugar de celebración del contrato.

contrato de compraventa entre ellos, incumpliendo, el Sr. Montenegro, las manifestaciones y garantías en él incluidas.

Por otra parte, si esta reclamación pretende dirigirse contra Denna, dado que es una sociedad íntegramente participada por D. Alberto Montenegro, y como es obvio, conocía la existencia de dicho contrato y conocía el proceso de compraventa de Kvothe, podría efectuarse vía artículo 1.902 del CC, puesto que la omisión de Denna al no comunicar la existencia de dicho contrato, causa un daño a NewCo.

Por último, respecto de la entrega de información por parte de D. Alberto a Espumas, por remisión al apartado 2.1.2 del presente informe, cabe afirmarse que, aunque el socio único de Denna es D. Alberto, que ya conocía la información, no ocurría así con el resto de miembros de Denna, de forma que, al igual que se indicaba con anterioridad, D. Alberto estaría vulnerando el deber de guardar secreto y su deber de lealtad para con Kvothe, de forma que cabría reclamar a D. Alberto aquellos daños que cause a Kvothe.

2.4 REUNIÓN Y ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

De cara a la celebración del consejo de administración del día 30 de noviembre, es posible afirmar que:

- (i) Para determinar si D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia del Sr. Montenegro a la reunión del consejo, han de analizarse dos cuestiones. En primer lugar, el quorum de constitución de las reuniones del consejo de administración, que el artículo 247.2 de la LSC fija, para sociedades anónimas, como es el caso de Kvothe, que quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales¹⁶. Así ocurre en el supuesto de que únicamente D. Tyler y D. Pablo acudan a la reunión, entendiéndose, por tanto, cumplido dicho requisito.

Adicionalmente, debe analizarse si, aun constituyéndose válidamente en reunión del consejo, pueden adoptar decisiones. A estos efectos, el artículo 248.1 de la LSC determina que "*los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión*". En el presente supuesto, si tanto D. Tyler como D. Pablo votan a favor, se consigue una mayoría de 2/3, mayor a la mayoría absoluta, de forma que cabe afirmarse que D. Tyler y D. Pablo podrán adoptar decisiones en el seno del consejo aun con la ausencia de D. Alberto.

- (ii) Si D. Alberto acude y vota en contra de todos los acuerdos contenidos en el orden del día, con base en los motivos ya expuestos en el apartado anterior, cabe afirmarse que el voto a favor de D. Tyler y D. Pablo será suficiente para la adopción de los acuerdos, a menos que en estatutos se fije un porcentaje mayor al que determina la ley para la adopción de determinados asuntos.
- (iii) En cuanto a si D. Alberto tiene plenos derechos a acudir a la reunión del consejo, es necesario enfocar la cuestión desde la perspectiva del conflicto de interés de los administradores.

Así pues, se debe prestar atención a que el artículo 228.c) de la LSC prohíbe al administrador deliberar y votar acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.

¹⁶ Como afirma el Tribunal Supremo en la STS núm. 24/2019, de 16 de enero, dicho cómputo debe hacerse sobre el número total de consejeros previstos en los estatutos o en los acuerdos de nombramiento.

De la redacción literal del mencionado artículo ha de entenderse que el administrador deberá abstenerse de deliberar y votar aquellos acuerdos en los que tenga un conflicto de interés, mas no deberá abstenerse, ni podrá impedírsele, acudir a la reunión del consejo.¹⁷

En el supuesto objeto de análisis, se considera probado que existe un claro conflicto de intereses respecto de uno de los puntos del orden del día fijado para la reunión del consejo, concretamente, respecto de la rescisión del contrato entre Kvothe y Denna, ya que D. Alberto es socio único de Denna. Por tanto, deberá abstenerse de votar dicho acuerdo.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que dicha obligación de abstención puede ser dispensada, según el caso, por la junta general de la sociedad o por el órgano de administración.

- (iv) Debe tenerse en cuenta que la facultad para exigir responsabilidad a un miembro del consejo no recae en el consejo de administración, sino en la junta, quien sí podrá hacerlo, aunque dicha decisión no conste en el orden del día.

Descartada esta posibilidad, MarvelWeisser, siempre que acredite una lesión directa¹⁸ de su interés, podrá instar la acción individual de responsabilidad a la que se refiere el artículo 241 de la LSC contra D. Alberto.

2.5 TRASPASO DE TRABAJADORES

Respecto del traspaso de los 15 trabajadores, existen dos principales situaciones que merecen ser analizadas por poder suponer un riesgo para Kvothe:

- (i) Que dicho traspaso pueda ser considerado una cesión ilegal de trabajadores: Dicho supuesto cabe, de entrada, desestimarse, puesto que en ningún caso cabe afirmarse que dicho traspaso encaje con lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que *“se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*.¹⁹
- (ii) Que dicho traspaso determine la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales (también denominado grupo patológico): Al igual que en el supuesto anterior, tampoco cabe apreciar la existencia de un grupo patológico de empresas, dado que no solo no se cumplen los criterios que el Alto Tribunal ha venido determinando en multitud de sentencias²⁰, sino que además, no puede afirmarse que exista en el presente supuesto un grupo de empresas, dado que Kvothe y Denna no se encuentran en una relación de subordinación una frente a la otra,

¹⁷ En este sentido resuelve el *Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, por Auto de 19 de junio de 2013*, al resolver una medida cautelar en la que se solicitaba que se impidiese acudir a la reunión del consejo, así como deliberar y votar los acuerdos, a varios miembros del consejo de administración que se encontraban en una situación de conflicto de interés.

¹⁸ Como determina el Alto Tribunal en Sentencias como la *núm. 253/2016, de 18 de abril*, o la *núm. 472/2016, de 13 de julio*, el daño que se causa ha de ser directo.

¹⁹ A efectos ilustrativos, la *STS núm. 873/2019, de 17 de diciembre*, entiende que existe una cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa principal (aquella que contrata a los trabajadores) planifique en todo momento la mayor parte de la organización y gestión de la actividad contratada.

²⁰ Partiendo de la premisa de que existe un grupo de empresas, o que se está frente a varias empresas del mismo grupo, el Tribunal Supremo, en Sentencias como la *núm. 4017/2013, de 27 de mayo* o la *STS de 20 de octubre de 2015 (caso TRAGSA)*, ha venido exigiendo requisitos adicionales para poder afirmar que se está frente a un grupo patológico, como puede ser la confusión de plantilla o funcionamiento unitario, la confusión patrimonial, la unidad de caja, etc.

así como tampoco que estas sean empresas de un mismo grupo, puesto que no tienen una dependencia común de una misma matriz.

Así pues, descartados dichos riesgos, cabe afirmarse que nos encontramos ante una sucesión contractual por medio de acuerdo entre cedente y cesionaria, transmitiendo el empresario al cesionario su posición jurídica. Ello configura una “*novación por cambio de empleador*” que exigirá el consentimiento de aquellos trabajadores afectados.²¹

Si bien, dicho lo anterior, no debe obviarse que, tras el traspaso de los trabajadores, se pretende rescindir el contrato existente con Denna, hecho que no se conocía en el momento de la transmisión, de forma que D. Alberto Montenegro podrá ejercitar una acción por daños y perjuicios al considerar que tener que hacer frente a los contratos de dichos trabajadores, más aún si se rescinde el contrato con Kvothe, le supone un importante daño patrimonial.

2.6 GARANTÍAS EN FAVOR DE BANKSAVA, S.A. Y DE BANKSUISSE, S.A.

Debe analizarse la cuestión desde la perspectiva de la asistencia financiera, en pos de determinar si la hipoteca otorgada sobre un inmueble de Kvothe, que contiene la factoría y la embotelladora, constituye un supuesto de asistencia financiera.

Así pues, a pesar de que el artículo 150 de la LSC determina que “*la sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero*”, se ha de entender el concepto de asistencia financiera como “*cualquier operación o negocio que implique, según corresponda, responsabilidad patrimonial de una sociedad por la deuda contraída por un tercero con motivo de su adquisición o la de una sociedad dominante o del grupo al que aquella pertenezca*”²².

Como puede observarse del tenor literal del artículo 150 de la LSC, no es requisito, para considerarse asistencia financiera, que la prestación de garantías, supuesto que nos interesa en el presente caso, tenga lugar con antelación a la perfección del negocio jurídico de adquisición de acciones, de forma que ha de entenderse que dicha garantía podrá materializarse también una vez ya se haya perfeccionado el negocio jurídico de compraventa de acciones, siempre que dicha garantía se otorgue con el objetivo de conseguir un préstamo que irá destinado a hacer frente al precio por la compraventa de las acciones. Se estaría, por tanto, ante un supuesto de asistencia financiera posterior a la adquisición de las acciones²³.

Por tanto, cabe afirmarse que lo relevante a la hora de determinar si existe o no asistencia financiera, no es el momento en que se otorgue la garantía, sino el fin último que tiene la concesión de tal garantía, de forma que, si se persigue poder materializar la adquisición de las acciones, mediante la obtención de un préstamo, se estaría ante un supuesto de asistencia financiera prohibida.

En un escenario igual se encuentra la prenda otorgada sobre las acciones de Kvothe.

²¹ El Alto Tribunal reconoce la posibilidad de que exista este tipo de sucesión contractual, entre otras, en las sentencias de 29 de febrero de 2000 o 11 de abril de 2000, afirmando que “*mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador*”, así como que “*la cesión de contratos que está en el origen de la subrogación contractual, y la propia subrogación empresarial, son en principio lícitas, si bien, no operan automáticamente, sino que requieren el consentimiento de los trabajadores afectados*”.

²² Definición otorgada al concepto de asistencia financiera en: Herrero Mazarío, C. (2019). “*Algunas consideraciones a la autocartera desde la perspectiva de la prohibición de asistencia financiera*”. *Revista Lex Mercatoria* 10. (8).

²³ En este sentido, un relevante sector doctrinal representado por Jesús Alfaro Águila-Real afirma que “*lo relevante es que el negocio de financiación se realice, en la común voluntad de la sociedad y del beneficiario de la financiación, para auxiliar financieramente al tercero en la adquisición de las acciones, siendo irrelevante que la financiación se produzca antes, simultáneamente o después de la adquisición*”.

Por otra parte, en cuanto a los posibles efectos materiales si, finalmente, se considera que ha existido asistencia financiera prohibida, la doctrina mayoritaria²⁴ entiende que aquellos negocios que articulen la asistencia financiera “*en su calidad de negocios contra legem son, de conformidad con el artículo 6.3 del CC, nulos de pleno derecho*”, extremo este confirmado, si bien con matices, por la jurisprudencia, que aclara que “*la nulidad no se extiende al negocio de adquisición “asistido” y afecta únicamente al negocio que articula la asistencia financiera, esto es, al negocio de financiación*”²⁵.

Por tanto, en el caso de que se considere que la hipoteca objeto de análisis constituye un supuesto de asistencia financiera prohibida, dicha hipoteca deberá considerarse nula, no siendo posible su inscripción.

3. ESTRATEGIA LEGAL A SEGUIR POR LAS MARVELWEISSER

Analizadas las principales implicaciones de las diferentes actuaciones que se han llevado a cabo en el marco de la compraventa de las acciones de Kvothe, conviene, a continuación, otorgar una concreta estrategia legal a seguir por MarvelWeisser.

En este sentido, ha de partirse de la premisa de que es posible que algunas de las garantías que se otorgaron para la obtención del préstamo con el que finalmente se financiaría la adquisición de las acciones de Kvothe sean consideradas contrarias a la prohibición de asistencia financiera, en cuyo caso devendrían nulas, lo que determinaría la nulidad del negocio de financiación, obligando esto a la obtención de otra fuente de financiación para poder hacer frente al precio de adquisición de Kvothe.

Así pues, cumplido dicho extremo, sería necesario que la adquirente consiguiese otra vía de financiación, que podría versar en un préstamo con la misma entidad financiera, si bien, otorgando garantías que no activasen la norma de prohibición de asistencia financiera. De esta forma, podría otorgarse como garantía, como fue previsto en un primer momento, tanto la prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de NewCo, así como la prenda sobre la totalidad de los derechos de crédito de NewCo derivados de las posibles reclamaciones y acciones del contrato firmado con D. Alberto, a lo que podría añadirse otras garantías. Para convencer a la entidad financiera de otorgar la financiación, la adquirente se comprometería, una vez materializada la compraventa, a llevar a cabo una fusión apalancada en los términos que se analizarán a continuación, de forma que, en un ámbito práctico, tras dicha fusión, el patrimonio de Kvothe también respondería de la deuda por la financiación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que la compraventa de las acciones de Kvothe debe calificarse como “*compra apalancada*”, puesto que para llevar a efecto tal compra, hubo un endeudamiento de la adquirente, dado que los fondos para dicha adquisición, en su mayoría, provendrían del préstamo otorgado a tal efecto por Banksanva.

Así pues, cumpliéndose dicho supuesto, se recomienda que se lleve a cabo la fusión de la sociedad adquirente, esto es NewCo, con la sociedad adquirida, esto es Kvothe, en los términos que se indicarán a continuación. La operación de fusión podrá estructurarse tanto en la forma que implique que NewCo absorba a Kvothe, en cuyo caso se trataría de una fusión “*hacia delante*”, o bien que NewCo sea absorbida por Kvothe, en cuyo caso se hablaría de “*fusión inversa*”.

En este sentido, afirma el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, (en adelante, “**LME**”), que “*en caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión (...) serán de aplicación las siguientes reglas:*

²⁴ Representada por, entre otros, Cándido Paz-Ares y Antonio Perdices Huetto.

²⁵ En este sentido dictamina el Alto Tribunal en la STS núm. 541/2018, de 1 de octubre o en la STS núm. 413/2012, de 2 de julio.

-
- (i) *El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.*
 - (ii) *El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.*
 - (iii) *El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera”.*

Como puede observarse, para el caso de la fusión apalancada, la LME es más estricta a la hora de determinar los requisitos que se deberán cumplir para poder llevar a efecto tal operación. Véase, en este sentido, que la LME exige que el proyecto de fusión debe indicar el modo en que se va a hacer frente a la deuda contraída con objeto de la financiación, así como la exigencia del informe de expertos incluso cuando se trate de un acuerdo de fusión unánime.

Así pues, una fusión apalancada presenta múltiples beneficios para la sociedad adquirente, puesto que el resultado principal de dicha fusión implica que la sociedad cuyas acciones/participaciones se hubiesen adquirido será quien acabe soportando el pago de la financiación que la sociedad adquirente utilizó para la compra. En este sentido, afirma la doctrina tanto que *“los financiadores de la compraventa apalancada pasan a tener directamente garantía sobre los activos de la empresa comprada”*, así como que *“la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga directamente con la tesorería generada por la empresa, sin tener que pasar por los requisitos y los costes fiscales del reparto de dividendos al comprador”*.²⁶

4. CONCLUSIONES

En el presente informe se ha centrado en el análisis de las operaciones que se han llevado a cabo en el marco de la adquisición de la totalidad del capital social de Kvothe, prestando especial atención a todos aquellos asuntos que puedan suponer un perjuicio o crear responsabilidad tanto para las sociedades adquirentes como para la adquirida.

A continuación, se exponen brevemente las conclusiones obtenidas:

- (i) Ante las desavenencias entre adquirentes y vendedor, existen acciones que se pueden interponer por cada una de ellas, con mayor o menor probabilidad de prosperar.
- (ii) En relación con la opción de venta, dado que se trata de una figura atípica, primará la autonomía de las partes.
- (iii) El traspaso de los trabajadores de Kvothe a Denna, siempre que se contase con el acuerdo de estos, no se puede considerar contrario a derecho.
- (iv) En relación con las garantías otorgadas para la obtención de la financiación, las que mayor problema pueden plantear son la prenda sobre las participaciones de Kvothe y la hipoteca sobre un inmueble de Kvothe, en el que se encontraba la principal factoría y embotelladora.
- (v) Como recomendación de la estrategia legal a seguir por MarvelWeisser, se recomienda la *fusión apalancada*, en los términos del artículo 35 de la LME.

²⁶ En este sentido cabe mencionarse a Segismundo Álvarez. *“Fusión apalancada y asistencia financiera: el Art 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales”*.