



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA

Autora: Paula Naranjo Gómez
Doble Máster Universitario en Acceso a la Abogacía y en Derecho de la
Empresa

Promoción 2020-2022

Tutor: Ignacio Ramos Villar

Madrid
Enero, 2022

RESUMEN

En el presente Informe se llevará a cabo el análisis y estudio de la compraventa de acciones de la sociedad Kvothe Beer, S.A. por Newco Buyer, S.L. Así como, las posibles implicaciones del negocio de financiación ejecutado para llevar a cabo la compra, relacionándolo con el concepto de asistencia financiera y sus prohibiciones, y las posibles acciones que deriven del contrato de compraventa. Además, se estudiará la posibilidad de que Kvothe Beer, S.A. rescinda la relación contractual con Denna, S.L., analizando las posibles acciones que esta última pueda interponer por la extinción del contrato de agencia. Por último, se estudiará la relación entre los miembros del consejo de administración, con el objetivo de evitar posibles situaciones de conflicto que impliquen el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores, de cara a la reunión del consejo de administración que se celebrará el día 30 de noviembre de 2021.

Palabras Clave: acción de indemnización por clientela, deber de lealtad de los administradores, responsabilidad social de los administradores, responsabilidad individual de los administradores, garantía hipotecaria, asistencia financiera.

ABSTRACT

This report will analyse and study the purchase and sale of shares of Kvothe Beer, S.A. by Newco Buyer, S.L., as well as the possible implications of the financing business executed to carry out the purchase, in connection with the concept of financial assistance and its prohibitions, and the possible actions deriving from the purchase and sale agreement. In addition, the possibility of Kvothe Beer, S.A. terminating the contractual relationship with Denna, S.L. will be studied, analysing the possible actions that the latter may bring due to the termination of the agency contract. Finally, the relationship between the members of the Board of Directors will be studied, in order to avoid possible conflict situations involving a breach of the directors' duty of loyalty, with regard to the meeting of the Board of Directors to be held on November 30, 2021.

Key words: indemnity action for clientele, directors' duty of loyalty, corporate liability of directors, individual liability of directors, mortgage guarantee, financial assistance.

Índice

Análisis de las cuestiones	1
1. Análisis posibles acciones que puede interponer Denna, S.L. en virtud del contrato de distribución suscrito con Kvothe Beer, S.A. y defensas de las que dispone Kvothe Beer, S.A. y análisis del peor escenario de Kvothe Beer, S.A.	1
2. Análisis de las acciones que pueden interponer Kvothe Beer, S.A. y Newco Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro. Análisis de acciones derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A.....	3
3. Análisis de las posibles acciones que D. Alberto Montenegro puede interponer frente a Newco Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc. como miembro del consejo de Kvothe Beer, S.A.	5
4. Análisis del procedimiento de opción de venta de Chetae, S.L. y estudio de la ley aplicable en caso de conflicto.	5
5. Análisis de posibles complicaciones derivadas del contrato entre Kvothe Beer, S.A. y Espumas de Marbella, S.A.	6
6. Análisis de las distintas cuestiones suscitadas en relación con la reunión del consejo de administración que se celebrará el día 30 de noviembre de 2021.	6
7. Análisis de la situación de Kvothe frente a los 15 trabajadores empleados por Denna. 8	8
8. Análisis de la hipoteca y posible asistencia financiera de las garantías otorgadas.	9
Recomendaciones	11
Anexo I: Bibliografía	12

Antecedentes del caso

Alberto Montenegro el 1996 fundó Kvothe Beer, S.A. (en adelante Kvothe), en el mismo momento, creo Denna S.L (en adelante Denna), empresa que se dedica a la distribución de bebidas alcohólicas de Kvothe para lo que suscribieron un contrato de agencia.

El 15 de enero de 2020. Alberto recibe una oferta de compra del 100% de las acciones de Kvothe por parte de MarvelWeisser Inc. (en adelante MarvelWeisser) y Chetae, S.L. (en adelante Chetae), a través de una nueva sociedad, Newco Buyer, S.L. (en adelante Newco Buyer)

Estas sociedades para obtener financiación para la compraventa solicitaron un préstamo a Banksanva, S.A., donde otorgaron cuatro garantías, dos de ellas afectando a activos de Kvothe.

Además, como consecuencia de la compraventa, 15 trabajadores que prestaban servicios para Kvothe, pasaron a ser empleados por Denna.

Por otro lado, MarvelWeisser y Chetae suscribieron un acuerdo de socios pactando que las operaciones de modificación estructural y modificación de estatutos fueran por unanimidad de los socios de Newco Buyer.

Así las cosas, los administradores de Newco Buyer son Tyler Barron, Pablo Aguirrebengoa y Alberto Montenegro.

Por último, se convoca el consejo de administración para el día 30 de noviembre de 2021. Sin embargo, Alberto Montenegro ante su disconformidad con ciertos puntos del día, decidió enviar un burofax al resto de miembros del consejo, expresando su voluntad de interponer acciones legales contra Kvothe. Además, envía otro burofax a Espumas de Marbella, S.L. (en adelante Espumas de Marbella) en el que revela información confidencial en relación con las decisiones de la sociedad.

Análisis de las cuestiones.

1. Análisis posibles acciones que puede interponer Denna, S.L. en virtud del contrato de distribución suscrito con Kvothe Beer, S.A. y defensas de las que dispone Kvothe Beer, S.A. y análisis del peor escenario de Kvothe Beer, S.A.

Antes de adentrarnos en el fondo de la cuestión debe determinarse el tipo de relación contractual entre Kvothe Beer, S.A. y Denna S.L. Así las cosas, Kvothe y Denna tienen suscrito un contrato en virtud del cual el último se obliga de forma continuada y en exclusiva a cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe. Muestra de esta exclusividad de cerrar acuerdos radica en el hecho de que Denna suscribió en nombre de Kvothe un contrato de distribución con Espumas de Marbella. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 1 de la *Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia* (en adelante LCA), el contrato suscrito entre Kvothe y Denna se trata de un contrato de agencia.

Este contrato de agencia es de duración indefinida, sin embargo, no impide que cualquiera de las partes pueda resolver de forma unilateral el mismo. De este modo, Kvothe, atendiendo a las disposiciones del artículo 25 de la LCA, dentro de los parámetros de buena fe y

cumpliendo con el plazo de preaviso, que en el presente caso será de seis meses¹, podrá resolver el contrato.

Así las cosas, Denna podrá interponer acción de daños y perjuicios frente a Kvothe, por los daños causados consecuencia de haber terminado de forma anticipada el contrato y sin aviso previo. Esta acción amparada por el artículo 1.101 del *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil* (en adelante CC) no implica su aplicación de forma automática por el simple hecho de haber incumplido Kvothe el plazo de preaviso. De este modo, Denna deberá probar que dicho incumplimiento de preaviso y, por ende, falta de cumplimiento de la obligación por parte de Kvothe, le ha supuesto un daño efectivo². Si Denna consigue probar el daño, podrá solicitar indemnización por el daño causado y también por el lucro cesante, es decir, por las ganancias que hubiera dejado de obtener por la terminación del contrato anticipadamente sin cumplir con el plazo de preaviso de acuerdo con el artículo 1.107 del CC.

En caso de incumplimiento del plazo de preaviso, el peor escenario en el que se podría encontrar Kvothe sería que la resolución del contrato tuviera consideración de abusiva y, por tanto, constitutiva de un acto de competencia desleal como prevé la LCD en su artículo 16.3.a).

Para poder apreciar la conducta desleal, será necesaria la existencia de una situación de dependencia económica, es decir, Kvothe deberá gozar de un poder de mercado que suponga la imposibilidad de Denna de desarrollar su actividad en una alternativa equivalente. Así las cosas, procede traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2008³ donde se establece que, la situación de dependencia económica será aquella en la que, “dado el poder de mercado de que goza una empresa, los clientes o proveedores carecen de alternativa equivalente para el desarrollo de su actividad en el mercado”. De esta forma, no se puede confirmar que Denna se encuentre en una situación de dependencia económica frente a Kvothe pues, dada su situación en el mercado, Denna dispone de clientes y proveedores alternativos y equivalentes para el desempeño de su actividad.

Además, al estar incursos en una relación laboral derivada del contrato de agencia, Denna siempre que haya aportado clientes nuevos o incrementado las operaciones con los clientes existentes, podrá interponer la acción de indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la LCA, al considerar que la actividad de distribución de Denna ha ocasionado ventajas sustanciales al negocio de Kvothe.

Esta indemnización por clientela trata de aminorar el perjuicio causado a Denna por resolver el contrato. En este sentido, Denna en calidad de agente ha aumentado la clientela de Kvothe, que se trata de un activo primordial para la empresa, por tanto, con esta acción de indemnización se trata de atenuar, en cierto modo, el enriquecimiento injusto que supone la aportación de este activo esencial por parte de Denna a Kvothe. De este modo, Denna debe probar que su actividad ha conllevado la aportación de este activo esencial de clientela a Kvothe, para ello se recomienda hacer una comparación exhaustiva del estado de la facturación y clientela antes y después de la suscripción del contrato. Así las cosas, resultaría muy difícil eludir el pago de esta indemnización por parte de Kvothe, al entenderse que Denna lleva gestionando la distribución de los productos de Kvothe desde su constitución y ambas sociedades fueron constituidas en paralelo. En consecuencia, podemos deducir que la actividad de Denna ha supuesto una gran aportación de clientela a Kvothe.

¹ Con respecto al plazo de preaviso, procede destacar, que las partes pueden pactar plazos superiores a los legalmente establecidos, en este sentido, se recomienda estudiar los pactos realizados entre las partes. Por otro lado, no serán válidos los pactos que pretendan un tiempo de preaviso menor al legalmente establecido.

² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2008.

Para el cálculo de la indemnización debemos atender al límite⁴ establecido en la LCA en el apartado tercero del artículo 28 donde expone que no podrá superar del “importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años”. En concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, procede destacar que por “remuneración” debe entenderse la totalidad de las cantidades recibidas por el agente por el desempeño de su actividad” y no solamente aquellas comisiones, fijas o porcentuales, recibidas por el agente⁵.

Por otro lado, Denna podrá interponer la acción de indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 29 de la LCA, por las inversiones y gastos de confianza en los que hubiera incurrido durante el contrato, con el objetivo de desempeñar su actividad y generar un mayor beneficio para Kvothe, que no se hubieran amortizado al haber el empresario denunciado de forma unilateral el contrato.

Debemos destacar que las acciones de indemnización por clientela y daños y perjuicios previstas en la LCA prescribirán al año desde la terminación del contrato.

Conviene igualmente resaltar que, de acuerdo con el artículo 30 de la LCA, en el caso de que Kvothe y Denna lleguen a un acuerdo mediante el cual Denna ceda sus obligaciones y derechos a un tercero que sustituya como agente, no podrá interponer ninguna de las acciones previstas en la LCA anteriormente expuestas. Por lo tanto, puede ser una opción interesante para evitar que Denna interponga las acciones expuestas, siempre que Kvothe lo pretenda rescindir el contrato con Denna pero suscribir otro nuevo con un agente diferente.

Finalmente, se debe decir que, derivado del contrato de compraventa en virtud del cual Newco Buyer adquiere a Kvothe, se ha dado una situación de cambio de control de Kvothe. En este sentido, resulta interesante exponer que los contratos de agencia se caracterizan por ser *intuitu personae*, es decir, son contratos en los que la confianza entre las partes constituye una parte esencial del mismo, en consecuencia, resulta práctica habitual incluir cláusulas de cambio de control. Así las cosas, en el momento de la transacción, las partes debieron otorgar su consentimiento expreso de continuar con el contrato. De esta misma manera, conviene estudiar si en el presente contrato existía cláusula de cambio de control impidiendo la continuidad del contrato en caso de cambio en su accionariado. En el proceso de *Due Diligence* realizado deberían haberse detectado y analizado este tipo de cláusulas, por lo tanto, entendemos que no existían y, en consecuencia, el cambio de control de Kvothe no supuso la resolución automática del contrato de agencia.

2. Análisis de las acciones que pueden interponer Kvothe Beer, S.A. y Newco Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro. Análisis de acciones derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A.

Con el objetivo de estudiar las posibles acciones de Kvothe y Newco Buyer frente a D. Alberto Montenegro conviene analizar la relación entre estos. En este sentido, Alberto Montenegro es miembro del consejo de administración de Kvothe y Newco Buyer es socio único de Kvothe.

Así las cosas, Alberto en calidad de administrador de Kvothe, deberá desempeñar su cargo con la “lealtad de un fiel representante”, es decir, debe cumplir con el deber de lealtad establecido legalmente en el artículo 227 del *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en adelante

⁴ De la misma manera que los pactos que reducen los plazos de preaviso legalmente establecidos no son válidos, será nulo aquel pacto de renuncia o que pretenda una minoración de la indemnización por clientela.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020.

LSC). De este modo, Alberto será responsable de todos aquellos actos u omisiones ejecutados incumpliendo este deber de lealtad.

En el presente caso, Alberto ha incumplido dos de las obligaciones inherentes a su deber de lealtad.

En primer lugar, Alberto incurre en una situación de conflicto de interés con Kvothe. Esta situación radica en que Alberto al pretender interponer acciones legales contra Kvothe, en relación con el contrato de agencia suscrito entre esta y Denna, de la que es socio único, no está adoptando las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto de interés entre sus propios intereses y los de Kvothe, de acuerdo con el artículo 229 de la LSC.

En segundo lugar, Alberto envía un burofax a Espumas de Marbella, sociedad que tiene suscrito un contrato de distribución con Kvothe, donde comunica una decisión que fue tomada en el seno del consejo de administración de Kvothe. En consecuencia, Alberto estará incumpliendo su obligación de guardar secreto sobre toda información que, por el desempeño del cargo de administrador, haya tenido acceso.

Así las cosas, Kvothe con previo acuerdo de la junta general, podrá interponer una acción social de responsabilidad contra Alberto, por el daño directo causado al patrimonio social como consecuencia de su incumplimiento. Procede ahora destacar que Newco Buyer, siendo socio único de Kvothe, deberá aprobar este acuerdo⁶.

Además, Kvothe podrá interponer las acciones previstas en el artículo 232 de la LSC, en concreto, la acción de impugnación, cesación y remoción de efectos. Así, a petición de Newco Buyer, en junta general, podrá acordarse el cese de Alberto de su cargo de administrador, amparándose en el artículo 223 LSC.

Por otro lado, sobre las acciones derivadas de la compraventa, se debe mencionar que durante el proceso se realizó el proceso de revisión legal correspondiente, donde debieron estudiarse todos aquellos contratos en los que Kvothe fuera parte. De esta forma, Alberto, como antiguo socio único de Kvothe, debió proporcionar toda información que resultase de interés en relación con los contratos en los que Kvothe es parte. No obstante, a tenor de los hechos expuestos, Alberto no manifestó un documento, en concreto, el contrato de distribución con Espumas de Marbella. Cabe resaltar que Newco Buyer, no pudo conocer este contrato aplicando un criterio de diligencia razonable y, en consecuencia, el incumplimiento de Alberto por no poner a disposición de Newco Buyer el contrato, podría calificarse de error excusable capaz de invalidar el consentimiento del contrato. Sin embargo, dicho error debería recaer sobre “la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”⁷, exigencia que no podemos afirmar en este caso, pues el contrato con Espumas de Marbella no forma parte del objeto del contrato ni de sus condiciones principales.

No obstante, Newco puede interponer acción estimatoria o quanti minoris, pretendiendo el saneamiento de defectos ocultos. De esta forma, podrá optar por desistir el contrato o solicitar una rebaja en el precio de la compraventa, alegando que, de haber tenido conocimiento del contrato de Espumas de Marbella, hubiera solicitado una reducción en el precio de la compra. Además, si hubo mala fe de Alberto, es decir, este conocía la existencia del contrato y no lo comunicó en el proceso de revisión legal llevado a cabo antes de la compraventa, Newco Buyer puede interponer acción indemnizatoria de daños y perjuicios de acuerdo con el artículo 1486 del CC, en caso de que optara por la rescisión del contrato.

⁶ Sentencia Tribunal Supremo 30 de enero 2001.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 11 de julio de 2014.

3. Análisis de las posibles acciones que D. Alberto Montenegro puede interponer frente a Newco Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc. como miembro del consejo de Kvothe Beer, S.A.

Alberto Montenegro en calidad de administrador del consejo de Kvothe, debe velar por los intereses de la empresa, en este sentido, estará facultado para interponer todas las acciones legales pertinentes para la protección y buena gestión de la sociedad. Así las cosas, en la actual situación de la empresa, no podrá interponer ninguna acción contra Newco Buyer, Chetae o MarvelWeisser.

Sin embargo, debe hacerse alusión a la situación financiera en la que se encuentra Kvothe. En este sentido, durante el ejercicio 2020 la sociedad ha obtenido unas pérdidas del 60% con respecto al ejercicio 2019. Así las cosas, en caso de que las pérdidas disminuyeran el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado, de acuerdo con el artículo 327 de la LSC, será obligatoria la reducción de capital por pérdidas.

De esta forma, si en el año 2022, no se ha llevado a cabo esta reducción de capital obligatoria, Alberto podrá exigir responsabilidad a Newco Buyer, por ser socio único de Kvothe. Entendiendo que Newco Buyer habría incumplido su deber de deliberar y acordar en junta general la reducción de capital, facultad exclusiva de la junta general en virtud del artículo 160. d) de la LSC.

4. Análisis del procedimiento de opción de venta de Chetae, S.L. y estudio de la ley aplicable en caso de conflicto.

En el pacto de socios suscrito por los socios de Newco Buyer, se pactó una opción de venta ejercitable por Denna, que le permite vender todas sus participaciones de Newco Buyer en caso de que se cumpla el elemento condicional de la opción de venta, siendo este, que los resultados financieros de Kvothe sean inferior al plan de negocio correspondiente durante tres años consecutivos.

En primer lugar, para ejercitar la opción de venta deberá encontrarse en plazo para su ejecución. Además, para ejecutar la opción de venta deberá cumplirse el elemento condicional pactado por las partes en la opción de venta.

Cumplidos estos dos elementos, Chetae deberá notificar su intención de ejercitar la venta a MarvelWeisser y se determinará del precio fijado para la opción de venta.

A continuación, la compraventa resultante de la opción de venta deberá formalizarse y ejecutarse en el plazo fijado por las partes. Después, las partes se comprometerán a comparecer en dicho plazo, con autoridad suficiente para pagar el precio de compraventa y adquirir las participaciones.

Además, se requerirá autorización de la junta general en caso de que esta compraventa de participaciones tenga consideración de activo esencial de acuerdo con el artículo 160. f de la LSC. También se requerirá la certificación del órgano de administración de Newco Buyer confirmando que se cumplen los requisitos, tanto legales como estatutarios, para llevar a cabo transmisión.

Por último, procede resaltar que MarvelWeisser como consecuencia de la compraventa, se convertirá en socio único de Kvothe. Por tanto, deberá declararse la unipersonalidad de Kvothe, que deberá constar en escritura pública y ser inscrita en el Registro Mercantil.

Con el objetivo de determinar la ley aplicable en caso de controversia entre MarvelWeisser y Chetae, en primer lugar, debemos acudir al *Reglamento Número 593/2008 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, al ser una sociedad de Estados Unidos y la otra de España. Sin embargo, el artículo 1.2.f de este Reglamento excluye de su ámbito de aplicación, todas aquellas cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades.

En consecuencia, debemos acudir al artículo 10.5 del CC sobre ley aplicable. De este modo, entendiendo que el lugar de celebración del contrato es Madrid y, por ende, la ley aplicable en caso de controversia sería la ley española.

5. Análisis de posibles complicaciones derivadas del contrato entre Kvothe Beer, S.A. y Espumas de Marbella, S.A.

En primer lugar, resulta necesario clarificar que no existe relación contractual entre Espumas de Marbella y MarvelWeisser. En consecuencia, Espumas de Marbella no estará legitimada para interponer acciones contra MarvelWeisser, aunque se tratase de acciones extracontractuales.

Por otro lado, la existencia del contrato entre Kvothe y Espumas de Marbella no se puso de manifiesto durante el proceso de compra de Kvothe. Esta opción se explica de forma detallada en la segunda cuestión del Informe.

De esta forma, Alberto, durante el proceso de revisión legal de la operación, debía haber entregado toda la información legal relevante para la compraventa. En consecuencia, alegando defectos ocultos, Newco Buyer tendrá derecho a interponer acción estimatoria o quanti minoris pretendiendo su saneamiento.

Además, si Alberto conocía la existencia de este contrato y no lo manifestó en el proceso de revisión legal, Newco Buyer podrá interponer acción de indemnización por daños y perjuicios, en caso de que optara por la rescisión del contrato, alegando mala fe de Alberto.

Por último, la entrega de información a Espumas de Marbella por Alberto supondrá un incumplimiento de su deber de lealtad. Cabe aquí remitirse a la segunda cuestión del Informe donde se expuso que Alberto incumple su deber de guardar secreto sobre la información que haya tenido acceso por su cargo de administrador y, por ende, se le podrá exigir responsabilidad social, así como, las acciones previstas en el artículo 232 de la LSC, en concreto, acción de impugnación, cesación y remoción de efectos.

6. Análisis de las distintas cuestiones suscitadas en relación con la reunión del consejo de administración que se celebrará el día 30 de noviembre de 2021.

Procedemos a analizar en primer lugar, si el consejo de administración en ausencia de Alberto puede adoptar acuerdos. Así las cosas, de acuerdo con el artículo 247.2 de la LSC, el consejo quedará válidamente constituido cuando estén presentes la mayoría de sus miembros. De esta forma, Tyler Barron y Pablo Aguirrebengoa podrán adoptar acuerdos pese a la ausencia

de Alberto Montenegro, al entenderse que el consejo queda válidamente constituido por la presencia de los anteriores⁸.

A continuación, estudiaremos la posibilidad de que Tyler Barron y Pablo Aguirrebengoa puedan adoptar acuerdos pese a la comparecencia y voto en contra de Alberto en los distintos puntos del orden del día.

- Análisis de la posibilidad de fusionar las sociedades Newco Buyer, S.L. y Kvothe Beer, S.A.

Sobre este punto debemos resaltar que el acuerdo de fusión es competencia de la junta general de acuerdo con el artículo 160. g de la LSC. De esta forma, el consejo no estará facultado para la deliberación y adopción de acuerdos de fusión.

- Terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna, S.L.

El acuerdo sobre este punto del día podrá ser adoptado por mayoría absoluta, en el supuesto de que Tyler Barron y Pablo Aguirrebengoa voten a favor.

Sin embargo, Alberto es socio único de Denna y, por tanto, debería abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo al verse afectado por una situación de conflicto de interés, en relación con el artículo 228.c de la LSC. Así las cosas, si Alberto no se abstiene de deliberar y votar el acuerdo, incumplirá su deber de lealtad y, en consecuencia, se podrá exigir responsabilidad por su actuación, así como, la cesación y remoción de efectos e, incluso, anulación de los actos celebrados por Alberto.

- Suscripción de un préstamo participativo entre MarvelWeisser Inc. como prestamista y Kvothe Beer, S.A. como prestatario.

Sobre este punto del día debemos destacar que Tyler Barron fue designado administrador a propuesta de MarvelWeisser. De este modo, podría verse incurso en una situación de conflicto de interés. Esta situación de conflicto de interés radica en que MarvelWeisser, siendo el prestamista del préstamo participativo, recibirá un interés variable en función de los beneficios de la empresa prestataria⁹ y, por ende, Tyler Barron podría estar obteniendo ventajas o remuneraciones de MarvelWeisser de acuerdo con el artículo 229. e de la LSC. Así las cosas, Tyler Barron deberá abstenerse de deliberar y acordar este punto y, en caso de no hacerlo, podría impugnarse dicho acuerdo y exigir responsabilidad del administrador.

En este caso, el hecho de que Alberto comparezca y vote en contra no afectaría al acuerdo adoptado por el consejo de administración.

- Delegación de facultades

Con respecto a la delegación de facultades, procede destacar, conforme a lo dispuesto en el artículo 249 de la LSC que, si afectase a uno de los miembros del consejo de administración, este deberá abstenerse de la deliberación y adopción del

⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 2016.

⁹ Artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

acuerdo. En consecuencia, de cara a la reunión del consejo de 30 de noviembre de 2021, deberá abstenerse de deliberar y acordar el miembro del consejo que fuese designado.

Por otro lado, se debe decir que Alberto tiene plenos derechos a comparecer en todos los puntos del día, excepto aquellos en los que se vea incurso en una situación de conflicto de interés, donde deberá abstenerse de deliberar y adoptar los acuerdos.

Por último, procede destacar que el consejo de administración no estará facultado para acordar el acuerdo de acción de responsabilidad contra los administradores. En este caso, habría que convocar una junta general y acordar la acción de responsabilidad, incluso aunque no se encuentre previsto en el orden del día.

7. Análisis de la situación de Kvothe frente a los 15 trabajadores empleados por Denna.

Antes de adentrarnos en el fondo de la cuestión, procede destacar que, actualmente, los 15 trabajadores tienen una relación contractual con Denna, en virtud del contrato de compraventa suscrito entre Kvothe y Newco Buyer, donde pactaron la exigencia de que los trabajadores pasaran a ser empleados por Denna.

De este modo y, en primer lugar, habría que analizar si esta transmisión puede ser susceptible de ser considerada una cesión ilegal y, por ende, Kvothe debería responder solidariamente con Denna de las obligaciones laborales y de Seguridad Social. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 43 del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante ET) donde expone que la sociedad incurrirá en cesión ilegal de trabajadores en caso de encontrarse ante alguno de los supuestos previstos en el citado artículo.

En este sentido, en caso de que el traspaso de los trabajadores de Kvothe a Denna se encuentre previsto en uno de los supuestos del artículo 43.2 del ET, estaremos ante una cesión ilegal de trabajadores. Así las cosas, si estos 15 trabajadores hubieran sido contratados por Kvothe con el objetivo de ser puestos a disposición de Denna, sin la intención de que prestasen servicios en Kvothe, se presume que se trata de una cesión ilegal. Asimismo, si Kvothe no ejerciese las funciones propias de un empresario o fuese una empresa carente de actividad u organización propia y estable o, por último, si no contase con los medios para desarrollar su actividad, también se podría concluir que estamos ante una cesión ilegal.

A tenor de los hechos expuestos, los trabajadores fueron contratados por Kvothe con el objetivo de prestar en estos servicios de distribución, además, la sociedad cuenta con los medios necesarios para desarrollar su actividad, así como, una organización propia y estable, en consecuencia, no estaremos ante un supuesto de cesión ilegal.

En consecuencia, entendemos que la transmisión de los trabajadores de Kvothe a Denna debió realizarse, en primer lugar, mediante la extinción de la relación laboral con Kvothe y, posteriormente, siendo los trabajadores contratados por Denna. Así las cosas, la extinción de los contratos se debió realizar mediante despido objetivo siempre que se cumplan las causas del artículo 52 del ET o a través de despido improcedente con la consecuente indemnización prevista en el artículo 56 del ET.

Por lo tanto, en la actualidad, Kvothe no tendrá ninguna relación laboral con los 15 trabajadores que se encuentran empleados por Denna. Sin embargo, el único riesgo que existiría, una vez una vez finalizado el contrato con Denna, es que los trabajadores alegaran la existencia de un grupo patológico entre las empresas y, por ende, se le exigiera responsabilidad a Kvothe.

Para que sea declarado un grupo patológico de empresas, en primer lugar, deberán ser sociedades del mismo grupo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2008 expone que un grupo de empresas será “el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas” atendiendo al artículo 3 de la *Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria*. De esta forma, el requisito principal de grupo patológico radica en que se trate de un grupo de empresas, así las cosas, aunque los trabajadores alegasen otros requisitos, como confusión de plantilla, confusión patrimonial, la dirección unitaria¹⁰ o unidad de caja, se tratan de requisitos adicionales al del grupo de empresa y no serán suficientes para que exista la condición de grupo patológico.

Por lo tanto, entendemos que en caso de que los trabajadores reclamen, esta reclamación no prosperará, pues no concurren los requisitos para considerar la existencia de un grupo patológico entre Kvothe y Denna.

8. Análisis de la hipoteca y posible asistencia financiera de las garantías otorgadas.

En primer lugar, sobre la implicación de que la escritura de hipoteca no esté inscrita en el Registro de la Propiedad. En este sentido, de acuerdo con los artículos 149 y 159 del *Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria* (en adelante LH), podría entenderse que la inscripción de la hipoteca es constitutiva.

Doctrinalmente ha habido cierta controversia en torno a esta cuestión. Algunos autores, como Chico y Ortíz y Castán Tobeñas¹¹, defienden que la inscripción en el Registro de la Propiedad no será constitutiva. Otros autores, como José Ángel Martínez Sanchiz, prefieren inclinarse por la idea de que la hipoteca no inscrita será oponible frente a las partes y frente a terceros, excepto aquellos que desconozcan la existencia de la misma.

De esta forma, si nos acogemos a la literalidad de la LH, en caso de que la hipoteca no se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad, supondría que la garantía real de hipoteca prestada a Banksanva, S.A. es sobre futuro. Sin embargo, esta situación no supondría problema alguno, pues es posible constituir garantías futuras, prueba de ello son los artículos 1271 y 1273 del CC, que presentan la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura.

Por otro lado, al constituir la hipoteca sobre el inmueble de Kvothe situado en Torrelodones, debemos hacer referencia al concepto de asistencia financiera y a su prohibición. Además, procede aquí destacar otra garantía que fue prestada para el otorgamiento del préstamo, en concreto, la prenda sobre las acciones de Kvothe.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2019.

¹¹ Fuentes Soriano, O. “*La inscripción constitutiva de la hipoteca. Su importancia para la ejecución*”, 1993.

Así las cosas, de acuerdo con el artículo 150.1 de la LSC será asistencia financiera prohibida que Kvothe preste garantías para la adquisición de sus propias acciones por un tercero. De este modo, la garantía hipotecaria a favor de Banksanva, S.A. sobre el inmueble propiedad de Kvothe para el otorgamiento del préstamo que permitió concluir la compraventa de sus acciones, será una práctica prohibida de acuerdo con el artículo 150.1 de la LSC, con independencia de que la garantía sea a futuro. De igual forma, la prenda sobre las acciones de Kvothe, prestada para el otorgamiento del préstamo, constituye un supuesto de asistencia financiera prohibida.

Esta prohibición de asistencia financiera conllevará la nulidad del negocio de financiación, en el presente caso, el otorgamiento de la hipoteca y de la prenda sobre las acciones de Kvothe. Sin embargo, esta nulidad no se extenderá de forma automática al negocio de compraventa de adquisición de las acciones, este negocio deberá contemplarse de forma separada. Prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012 donde expone la nulidad de los actos de asistencia financiera en aplicación del artículo 6.3 del CC.

En conclusión, el negocio de financiación donde se prestan como garantías del préstamo la hipoteca de un inmueble de Kvothe y la prenda sobre sus acciones será declarado nulo por prohibición de asistencia financiera.

De este modo, conviene resaltar que los compradores de las acciones de Kvothe, Cheate y MarvelWeisser, no podrán justificar el impago del precio de las acciones adquiridas por el hecho de que las garantías otorgadas para llevar a cabo el negocio de financiación sean declaradas nulas de pleno derecho en aplicación del artículo 150.1 de la LSC.

Por último, esta circunstancia podría afectar al préstamo otorgado por Banksanva, S.A. en el cual de las cuatro garantías reales prestadas a favor del Banco, dos serán nulas de pleno derecho al residir en prácticas prohibidas de asistencia financiera. Sin embargo, Cheate y MarvelWeisser no podrán solicitar la dispensa de la devolución del préstamo amparándose en que se otorgaron dos garantías declaradas nulas por asistencia financiera. Muestra de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2012 donde se expone que el favorecido con la asistencia financiera prohibida, en ningún caso podrá alegarla pretendiendo, de este modo la dispensa de la devolución del préstamo.

Recomendaciones

De acuerdo con las cuestiones analizadas en el Informe y, en primer lugar, resulta conveniente mencionar todas aquellas acciones en las que Newco Buyer pueda incurrir, siendo MarvelWeisser socio de esta, con el objetivo de determinar una estrategia legal sobre las mismas. De esta manera, recomendamos que Newco Buyer interponga acción estimatoria o *quanti minoris*, pretendiendo una rebaja en el precio de la compraventa por el saneamiento de los defectos ocultos, por la no entrega del contrato con Espumas de Marbella por parte de D- Alberto Montenegro.

Además, es menester mencionar la obligación de Newco Buyer de reducir capital social por pérdidas si en el año 2022 no mejora su situación económica. En este sentido, recomendamos prestar gran atención a la situación financiera de Newco Buyer y, en el supuesto de que no mejorase, MarvelWeisser en calidad de socio, junto con Chetae, deberán aprobar la reducción de capital social por pérdidas.

Por otro lado, en caso de controversia en la opción de venta, deberá aplicarse la ley española. Procede destacar que, si Chetae ejercitase la opción de venta, MarvelWeisser se convertirá en socio único de Newco Buyer y, por ende, será necesario inscribir en el Registro Mercantil la declaración de unipersonalidad de Newco Buyer.

Asimismo, procede destacar la posible infracción del deber de lealtad de Tyler Barron, en caso de no abstenerse de deliberar y acordar en la reunión del consejo de administración del 30 de noviembre de 2021, sobre el punto del día donde se expone la posibilidad de suscripción de un préstamo participativo entre MarvelWeisser y Kvothe.

De igual forma, resulta conveniente mencionar las acciones en las que se pueda incurrir Kvothe, de esta manera, si pretende extinguir el contrato de agencia suscrito con Denna, recomendamos el cumplimiento de preaviso de seis meses para evitar la interposición de la acción de indemnización por daños y perjuicios del CC por parte de Denna. Además, Denna podrá interponer acción de indemnización por clientela y acción por daños y perjuicios de la LCA. Por otro lado, Kvothe podrá interponer acción social de responsabilidad contra D. Alberto Montenegro por el incumplimiento de su deber de lealtad.

Por último, resulta necesario mencionar la nulidad de las garantías otorgadas a favor de Banksanva, S.A. para la obtención del préstamo, en concreto, la garantía hipotecaria sobre el inmueble de Kvothe, y la prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe. Sin embargo, la nulidad de estas garantías afectará al negocio de financiación, pero en ningún caso al negocio de adquisición de las acciones, que seguirá teniendo efectos.

En conclusión, estas recomendaciones, dirigidas a MarvelWeisser, deberán ser atendidas, de igual forma, por el resto de las empresas del grupo. De este modo, se conseguirá mitigar y evitar la responsabilidad de MarvelWeisser.

Anexo I: Bibliografía

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012.

Sentencia Tribunal Supremo 30 de enero 2001.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2019.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 11 de julio de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2012.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2007.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 2016.

Obras doctrinales

Fuentes Soriano, O. *"La inscripción constitutiva de la hipoteca. Su importancia para la ejecución"*. 1993.

Además, para el presente trabajo se ha hecho uso de las siguientes páginas web:

<https://www.ilpabogados.com/cuando-se-extienden-las-indemnizaciones-propias-del-contrato-de-agencia-al-contrato-de-distribucion/>

<https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/los-conflictos-de-intereses-y-el-cargo-de-administrador-1.html>

<https://gestoriabarcons.es/la-evolucion-de-la-jurisprudencia-en-los-grupos-de-empresa/>

<https://www.uria.com/es/prensa/339-el-grupo-de-empresas-en-el-ambito-laboral>

<https://www.ilpabogados.com/la-prenda-de-creditos-futuros/>

<https://almacenederecho.org/lecciones-asistencia-financiera-la-adquisicion-acciones-participacionees-propias>

<https://almacenederecho.org/good-papers-cuando-se-afirma-la-existencia-de-asistencia-financiera-pero-no-se-anula-el-negocio-juridico-que-la-articula>