



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Máster Universitario en Derecho de la Empresa

Trabajo Fin de Máster

Blanca Pardo Pilo

Madrid, 10 de enero de 2022

Universidad Pontificia Comillas

ICAI-ICADE

Curso 2021/2022

INFORME PARA EL GRUPO MARVELWEISSER INC.

Blanca Pardo Pilo
10/1/2022

En respuesta a la solicitud de informe recibida del grupo MarvelWeisser Inc., a continuación, se analizan y responden las cuestiones jurídicas derivadas de la operación de compraventa de Kvothe Beer, SL, empresa cervecera española. En la primera parte del informe se analizan las cuestiones técnicas planteadas, mientras que, en la segunda, se expondrán las conclusiones y la estrategia legal que se recomienda seguir.

Cuestiones jurídicas derivadas de la operación de compraventa de Kvothe Beer, SL

Análisis de las 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. Asimismo, necesita un análisis del peor escenario en el que se podría encontrar Kvothe Beer, S.A. si decide terminar, en todo caso, el contrato suscrito con Denna, S.L.

Para analizar las posibles acciones que puede interponer Denna, SL en virtud del contrato de distribución, el primer paso es identificar la naturaleza de la relación jurídica que ésta mantiene con Kvothe Beer, SA.

Vemos que es un contrato atípico y marcado por la voluntad de las partes (1255 CC), que se compone de una estructura peculiar en el que existen tres relaciones autónomas: i) la relación que une a Kvothe Beer SA con Denna SL, ii) la que une a Denna, SL y Espumas de Marbella, SL; y iii) la que existe entre Kvothe Beer SA y Espumas de Marbella, SL.

Cada una de ellas es diferente y tiene sus propias características:

- i) Entre Kvothe Beer, SA y Denna, SL, existe una relación de agencia, con facultades de apoderamiento específicas para establecer a su vez, acuerdos de sub-distribución.
- ii) Entre Denna, SL y Espumas de Marbella, SA, no existe ninguna relación con características jurídicas especiales, ya que Denna, SL ha contratado con Espumas de Marbella, SA en nombre de Kvothe Beer, SL, actuando únicamente como concesionaria por lo que la relación es entre Kvothe Beer, SA y Espumas de Marbella, SA.
- iii) Entre Kvothe Beer SA y Espumas de Marbella, SA existe un contrato de concesión o distribución en exclusiva de los productos de Kvothe Beer, SA en la zona de la Costa del Sol.

En este punto nos centramos en la primera de las relaciones contractuales reseñadas para ver sus características, la relación de agencia. Regulada por la Ley del Contrato de agencia, este establece que, por medio de este contrato, una persona natural o jurídica (el agente) se obliga frente a otra, de forma continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena. También será agencia cuando se obligue a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente. Como regla general, el agente no asume el riesgo y ventura de tales operaciones, sin embargo en este punto cabe pacto en contrario.

Trasladando la teoría a la realidad del caso, llegamos a la conclusión de que las acciones que puede interponer Denna, SL como agente de Kvothe Beer, SA son, i) tanto la acción por enriquecimiento injusto, ii) como las acciones derivadas de la Ley del Contrato de Agencia.

- La acción por enriquecimiento injusto se interpondría en base al aprovechamiento de la actividad comercial que ha venido desarrollado Denna, SL. Para que se aprecie la existencia del enriquecimiento injusto, es necesario que se presenten determinados elementos en la relación: i) el enriquecimiento del demandado; ii) el empobrecimiento del actor y iii) la existencia de una relación entre uno y otro. Es esencial también que el enriquecimiento se origine como consecuencia de desplazamientos o atribuciones patrimoniales realizados sin causa.
- Existe también la posibilidad de que Denna, SL ejercite las acciones derivadas de la Ley del Contrato de Agencia, que serían la acción de indemnización por clientela (art. 28 LCA), el resarcimiento por gastos e inversiones no amortizables (art. 29 LCA) y la compensación por falta de preaviso en el plazo de 6 meses (art. 25 LCA).

Algunas de las defensas de las que dispone Kvothe Beer, SA frente a las acciones que se pueden ejercer en su contra son las siguientes:

- Podrá alegar que es posible dar por finalizado el contrato de agencia sin necesidad de preaviso si la otra parte ha incumplido total o parcialmente las obligaciones establecidas en la ley o el contrato (artículo 30 a) LCA). Sin embargo, no parece que esta sea la situación, ya que Denna, SL ha cumplido con sus obligaciones.
- Teniendo presente que las acciones establecidas en la Ley del Contrato de Agencia prescriben en el término de un año desde que se extingue el contrato, dependiendo del momento en que Denna, SL interponga la acción, Kvothe Beer, SA puede alegar el transcurso del dicho plazo de prescripción, en base al artículo 31 LCA.

El peor escenario ante el que se podría encontrar Kvothe Beer, SA sería que Denna, SL ejercitase las acciones que están en su mano antes de que transcurra el plazo de prescripción, caso en el que Kvothe Beer, SA resultaría obligado a pagar las indemnizaciones correspondientes. Poniendo el ejemplo de la indemnización por clientela, el agente (en este caso Denna, SL) tendría derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resultase equitativamente procedente por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran, no pudiendo exceder en ningún caso el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los cinco años anteriores o por el periodo total de duración del contrato si este fuese inferior. Este, por lo tanto, sería el peor escenario para Kvothe Beer, SL.

Acciones que pueden interponer Kvothe Beer, S.A. y Newco Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer, S.A. y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A.

Para analizar este problema, se establece una separación entre las acciones de Newco Buyer, SL y Kvothe Beer, SA contra D. Alberto Montenegro como administrador de Kvothe Beer, SA. y las acciones contra D. Alberto Montenegro derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer, SA.

a) Acciones contra D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer, SA.

Kvothe Beer, S.A. y Newco Buyer, S.L. podrían ejercer contra D. Alberto acciones para reclamar la responsabilidad por incumplimiento de sus deberes como administrador.

En tanto socia (Newco Buyer, SL) y sociedad administrada por D. Alberto Montenegro (Kvothe Beer, SA), ambos estarían legitimados para ejercitar una acción indemnizatoria destinada a recuperar el daño causado al patrimonio de la sociedad Kvothe Beer, SA (art. 236 y ss. LSC). Además, se podrían ejercitar las acciones por incumplimiento del deber de lealtad (artículos 227, 228 y 229 LSC), y la acción de enriquecimiento injusto, en el caso de que haya existido un enriquecimiento personal (o de personas vinculadas, art. 229 LSC) derivado de la infracción del deber de lealtad (227.2 LSC).

El ejercicio de esta acción de responsabilidad no obsta para que, conjuntamente, se ejerzan también contra D. Alberto las acciones de impugnación, cesación en su cargo y remoción de efectos, además de la anulación de los actos y contratos celebrados por el Sr. Montenegro en infracción de su deber de lealtad (artículo 232 LSC).

b) Acciones contra D. Alberto Montenegro derivadas de la compraventa de Kvothe Beer, SA.

Newco Buyer, S.L, como contraparte de D. Alberto en la compraventa de la empresa, también estaría legitimada para ejercer las acciones derivadas de la compraventa por ser la sociedad que adquirió que adquirieron el 100% del capital social de Kvothe Beer SA.

En esta condición, podrían ejercitarse contra él las acciones derivadas de la teoría general de vicios del consentimiento, que serían las basadas en el dolo, error o violencia e intimidación (artículos 1266, 1269 y 1267), en concreto, el objetivo que se perseguiría sería la anulabilidad del contrato de compraventa (artículo 1302 CC). Al hilo de esto es reseñable también la posibilidad de ejercer acciones por existencia de vicios ocultos, recogidas en el artículo 1484 CC. Sin embargo, dado que la falta de ventas ha venido originada por el embate Covid-19, no parece que en la empresa (objeto de la compraventa en este caso) haya ocurrido ningún vicio oculto ni vicio en el consentimiento en el momento de la compra de acciones de la sociedad.

Con todo, incluso si hubiese algún tipo de vicio en los propios activos de Kvothe Beer, SA, (como puede ser la fábrica) al ser el objeto de la compraventa las propias acciones de la sociedad, la Jurisprudencia ha venido rechazando que en estos casos exista posibilidad de reclamar, ya que, en sentencias como la del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009, el Tribunal niega la razón al comprador de un hotel que adolece de aluminosis, porque, en puridad, lo que éste compró no fue el propio edificio u hotel, sino las acciones de la sociedad en cuyo patrimonio de encontraba el inmueble).

Por su parte, con respecto al ejercicio de acciones de Kvothe Beer, SA contra D. Alberto Montenegro derivadas del contrato de compraventa, ver que no existen, ya que Kvothe Beer, SA no es parte en el contrato sino, indirectamente, objeto del mismo.

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.

D. Alberto Montenegro, personalmente, únicamente tiene en su mano las acciones por incumplimiento del contrato de compraventa del 100% del capital social de Kvothe Beer, SA. Por lo que, en su condición de vendedor, podrá iniciar acciones contra Newco Buyer SL, que ha sido su contraparte en la operación de compraventa. Así, podrá reclamar el cumplimiento forzoso de las obligaciones dimanantes del contrato o la resolución del mismo (con restitución a la situación original), sin perjuicio de la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, en cualquier caso.

Sin embargo, como miembro del consejo de administración de Kvothe Beer, SL no tiene en su mano ningún tipo de acción contra Newco Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc, ya que la primera compañía es el socio único de la propia sociedad y no existe ninguna acción de administradores contra socios. Con respecto a la segunda y tercera, tampoco podría iniciar ningún tipo de acción societaria porque no tienen una relación societaria como tal con Kvothe Beer, SL, sino que únicamente forman parte del mismo grupo empresarial.

La última opción que tendrá Alberto Montenegro como miembro del consejo de administración de Kvothe Beer, SL, será reclamar la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo. Sin embargo la aplicación de esta teoría no será fácil, por ser un recurso de aplicación excepcional, con un uso muy tasado y restringido, ya que persigue la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad para llegar a las personas que actúan tras la sociedad realizando un uso abusivo de esta, y, de no ser aplicada de forma muy tasada por los tribunales, dados los perjuicios para el tráfico mercantil que supondría que la personalidad jurídica fuese fácilmente permeable.

En este caso concreto, el Sr. Montenegro, podría reclamar la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo basándose en que, por interés de las sociedades holding (MarvelWeisser, Inc y Chetae, SL) se ha hecho un uso fraudulento de la personalidad jurídica de la empresa Kvothe Beer, SL, de forma que las decisiones que adopta esta sociedad no se dirigen a la consecución del interés social sino a la consecución de los intereses globales del grupo. Al suponer esta circunstancia un perjuicio claro al interés social y, siendo el administrador encargado de gestionar el interés social para conseguir su desarrollo, D. Alberto estaría legitimado para iniciar la acción en nombre de Kvothe Beer, SA, en su condición de administrador. Al no poderse accionar directamente contra la sociedad matriz, esta sería la forma de proteger los intereses de la compañía que administra.

La doctrina jurisprudencial del levantamiento de velo implicaría prescindir de la personalidad jurídica para llegar a las personas (físicas o jurídicas) que realmente la componen, persiguiendo el objetivo de la transmisión de responsabilidades. Para que sea posible su aplicación de la doctrina del levantamiento de velo, D. Alberto debe probar que concurre una actuación fraudulenta o abusiva de la personalidad jurídica de Kvothe Beer, SA, en beneficio de los intereses de MarvelWeisser, SA o de Chetae SL o de la totalidad del grupo empresarial.

Otra forma de accionar contra las sociedades matrices sería a través del régimen de administrador de hecho, ya que, se estarían tomando decisiones empresariales motivadas únicamente por el interés del grupo, dejando a un lado el interés social de

Kvothe Beer, SA. El régimen de responsabilidades imputables al administrador de hecho sería el mismo previsto para los administradores de derecho.

Considerando que i) el contrato de socios de Newco Buyer, S.L. suscrito con Chetae, S.L. contiene una opción de venta ejercitable por Chetae, S.L. que permite a esta sociedad vender todas sus participaciones de Newco Buyer, S.L. a MarvelWeisser Inc. si los resultados financieros de Kvothe Beer, S.A. en tres años consecutivos son inferiores al plan de negocio adjunto a dicho contrato de socios; y ii) que al firmar el contrato de socios Newco Buyer, S.L. no se estableció la ley aplicable al mismo pero sí que cualquier discrepancia derivada del mismo quedaría sometida, exclusivamente, a los tribunales de Madrid.

Se analiza lo siguiente:

a) qué proceso debería de llevar a cabo Chetae, S.L. para ejercitar la opción de venta y

La opción de venta es un pacto de naturaleza puramente contractual, por lo que serán las partes, en el pacto de socios, conforme al principio de autonomía de la voluntad, los que establecen el proceso a seguir para ejercitarla.

Un requisito que debe verificarse para ejercitar la opción de venta, será el establecido en el apartado a) del enunciado, donde se recoge como condición necesaria que los resultados financieros de Kvothe Beer, S.A. en tres años consecutivos, sean inferiores al plan de negocio adjunto al contrato de socios, por lo tanto, antes de que pasen los preceptivos 3 años y se cumpla la condición de que los resultados negativos sean inferiores al plan de negocio previsto, no podrá ejercitarse la opción de venta.

En este caso, como no contamos con la información relativa al régimen que las partes han recogido en el pacto parasocial, se adoptará el proceso previsto para la venta de acciones en una sociedad limitada, (dado que Newco Buyer, SL es una sociedad de responsabilidad limitada), donde la transmisibilidad de las participaciones es libre siempre que sea entre socios, a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio, o a favor de sociedades del mismo grupo que la transmitente, estando restringida en los demás casos (artículo 107 LSC)

b) en caso de que MarvelWeisser Inc. entendiera, ante tal ejercicio de la opción de venta por Chetae, S.L., que la misma no procede, qué Derecho sería aplicable a la controversia dado que se trata de un contrato de socios entre una entidad de Tennessee y una entidad española.

En este caso, el contrato en el que se prevé la opción de venta es el pacto parasocial entre dos sociedades, una española y una americana, por lo que habría que dilucidar la ley aplicable al pacto parasocial, de acuerdo con las reglas del derecho internacional privado.

Un pacto parasocial, al no tener naturaleza societaria, seguirá las reglas del derecho civil para la ley aplicable. Al no existir norma de derecho internacional aplicable a la operación, sería aplicable la regla recogida en el artículo 10.5 del Código Civil, que establece que, a las obligaciones contractuales, se aplicará la ley que las partes hayan elegido expresamente, y, en su defecto, la ley nacional común a las partes. A falta de ley común nacional, será aplicable la ley de residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

Como en este caso no se van cumpliendo ninguna de las reglas anteriores, se debe llegar a la regla establecida en último término, esto es, el lugar de celebración del contrato. Como el pacto de socios se celebró en España, el Derecho aplicable a la controversia sería el español.

Complicaciones que podrían derivarse para Kvothe Beer, S.A. del contrato suscrito por Espumas de Marbella, S.A. y aclaraciones sobre los siguientes extremos:

a. ¿Qué acciones puede interponer Espumas de Marbella, S.A. frente a MarvelWeisser Inc.?

Espumas de Marbella, SA es una de las sociedades con las que Denna, SL ha establecido la relación de distribución en virtud del contrato de agencia existente entre MarvelWeisser Inc. y Danna SL, que se detalla en la primera cuestión.

Con respecto al contrato de concesión mercantil, este es un contrato atípico, sin regulación legal pero con un amplio desarrollo jurisprudencial por nuestro Tribunal Supremo, que, en sentencias como la del 18 de diciembre de 1995, Rec. 2792/1992, definió este tipo de contrato como una relación jurídica que supone la mutua colaboración de dos empresarios para distribuir un producto, marca o servicio, de manera exclusiva, autorizada, mediante utilización de los elementos empresariales propios del concesionario. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia 546/2006 de 13 Sep. 2006, Rec. 221/2006, entre otras, han venido también definiendo que, en su caso, podrán ser aplicables analógicamente las normas del contrato de agencia.

En este caso, como la primera parte del contrato (entre Kvothe Beer, SA y Denna, SL) es un contrato de agencia y la segunda parte (entre Kvothe Beer, SA y Espumas de Marbella, SA) es un contrato de concesión, la relación que une a Espumas de Marbella, SA, con Kvothe Beer, SA es una relación de concesionario. Al ser MarvelWeisser Inc. la sociedad que controla Kvothe Beer, SA, a través de su socio único, Newco Buyer, SL, no las une ninguna relación contractual, por lo que, directamente, no podrá ejercerse ninguna acción, sino únicamente contra Kvothe Beer, SA.

Las acciones contra Kvothe Beer, SA, por tanto, serán las que puede ejercer un concesionario frente al concedente:

- Acción de reclamación de daños, que podrá incluir la reclamación de i) daños indemnizatorios, esto es, tendentes a reparar los perjuicios sufridos por la parte afectada; y ii) daños compensatorios, dirigidos a compensar al concesionario en los casos de resolución abusiva.
- Acción de indemnización por clientela, que estaría basada en que, aun resuelto el contrato por transcurso del plazo pactado con cumplimiento del preaviso, probado que el concesionario ha aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, este tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario. En este sentido, encontramos casos como el que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 56/2009 de 13 Feb. 2009, Rec. 2773/2003, donde se estima la reclamación por clientela iniciada por la concesionaria. En este caso, la concesionaria cumplía con los objetivos y rendimientos en ventas, por lo que, pese a estar extinguido el contrato por haber transcurrido el plazo fijado por las partes y habiendo cumplido el concedente con el plazo pactado de preaviso, se estimó la procedencia de la indemnización por clientela.

Por todo lo anterior, se concluye diciendo que el Sr. Montenegro no puede ejercer acciones de forma directa contra MarvelWeisser, Inc.

b. Dado que la existencia del contrato entre Kvothe Beer, S.A. y Espumas de Marbella, S.A. no se puso de manifiesto durante el proceso de compra de Kvothe Beer, S.A. porque, según parece, dicho contrato estaba en poder de Denna, S.L. y no había sido entregado a Newco Buyer, S.L. durante el proceso de revisión legal de Kvothe Beer, S.A., se analiza si este hecho puede otorgar a favor de Newco Buyer, S.L. algún derecho de reclamación frente a D. Alberto Montenegro o Denna, S.L.

Una vez que, en el proceso de compra no se ha tenido conocimiento del contrato entre Kvothe Beer, SA y Espumas de Marbella, SA sería una deficiencia del proceso de análisis de la empresa con anterioridad a la compraventa de la empresa, concretamente, de la *due diligence*.

En este caso, como el contrato estaba en poder de Denna (sociedad administrada por D. Alberto Montenegro) y esta es una sociedad con personalidad jurídica propia y totalmente separada de la sociedad Kvothe Beer, SA, en el proceso de compraventa, no tiene ninguna obligación de aportar documentación siempre que no le sea requerida.

Sin embargo, al ser D. Alberto Montenegro la contraparte de Newco Buyer, SL en la venta de acciones, él es responsable de aportar esta información al comprador (Newco Buyer, SL). Al no haberla aportado, el contrato puede incurrir en nulidad por vicio del consentimiento, concretamente por error.

Durante el proceso de *due diligence*, es el vendedor quien asume la responsabilidad de proporcionar la información que se le solicita, por lo que, si éste oculta información relevante, relativa a la situación de la empresa, como puede ser el contrato con Denna, SL, estaría propiciándose el error en el consentimiento del comprador (Newco Buyer). Por lo tanto, estaría generando un vicio en el contrato de compraventa de la empresa que podrá dar lugar a la nulidad de éste, sin perjuicio de la correspondiente indemnización.

Por lo tanto, Newco Buyer, SL podría reclamar contra D. Alberto Montenegro la nulidad del contrato por error en el consentimiento (1265 CC).

Sin embargo, frente a Denna, SL no podrá reclamar, ya que entre ellas no existe ninguna relación contractual que genere para Denna, SL la obligación de aportar el contrato entre Kvothe Beer, SA y Espumas de Marbella, SA.

c. ¿La entrega de información a Espumas de Marbella, S.A. por D. Alberto Montenegro tiene alguna consecuencia?

En este caso, serían ejercitables las acciones detalladas en el punto 2 a) de este informe, por haber incurrido el Sr. Montenegro en una infracción del deber de lealtad exigible a los administradores en virtud del artículo 227 LSC, concretamente articulado en la difusión de información secreta de la empresa.

Análisis de cuestiones relativas al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer, S.A.:

1) ¿D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro?

Pueden adoptar acuerdos pese a su ausencia, ya que cuentan con el *quorum* necesario para convocar (art 246.2 LSC), constituir el consejo (247.2 LSC) y adoptar acuerdos (artículo 248 LSC).

La convocatoria sería una de las tareas del presidente (en este caso D. Tyler Barron) y, en caso de que éste no la haya realizado en el plazo de un mes, previa petición de otro de los consejeros podrá convocarse el consejo por los administradores que constituyan al menos un tercio de sus miembros.

En este caso procede la constitución, ya que, en la sociedad anónima, el consejo quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión la mayoría de los vocales. Como existen tres vocales y concurren dos, sería válida la constitución.

Para adoptar el acuerdo también cuentan con la mayoría necesaria prevista en el artículo 248 LSC, que indica que, en la sociedad anónima, los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. Como en este caso, D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa estarán de acuerdo, se aprobaría por unanimidad de los consejeros concurrentes a la reunión.

2) ¿Pueden D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día?

Pese al voto en contra, D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa siguen contando con la mayoría de los votos del consejo y, en virtud del artículo 248 LSC, seguirían contando con la mayoría absoluta, ya que ambos suman una mayoría de dos tercios.

3) ¿Tiene D. Alberto Montenegro, plenos derechos a comparecer al consejo dada la situación?

El Sr. Montenegro tiene plenos derechos de asistencia ya que obligatoriamente en virtud del pacto de compraventa de Kvothe Beer, sigue contando con la condición de consejero hasta el día hasta el 31 de diciembre de 2022.

Sin embargo, cualquier socio de la sociedad, (en este caso podría ser a instancia de Newco Buyer, SL) puede proponer el cese del cargo de D. Alberto Montenegro en junta, por hallarse en una situación contraria al deber de lealtad, tal y como prevé en el artículo 230 LSC. En este artículo se establece que, en todo caso, a instancia de cualquier socio, en sede de junta general se resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas contra la empresa, cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante para esta.

Como la filtración de información por parte de D. Alberto Montenegro ha supuesto una situación de riesgo para Kovothe Beer, SA, sería factible la cesación de su puesto de administrador. Esto puede entrar en conflicto con el hecho de que D. Alberto ha sido designado como consejero de conformidad con el contrato de compraventa de Kvothe Beer, SA, sin embargo, no sería un impedimento real, ya que la eficacia de los pactos del contrato de compraventa se circunscribe a nivel civil entre los firmantes, no social, por lo que existirían dos planos superpuestos sobre la relación que une al administrador con la sociedad.

Finalmente, la peor situación en la que podría encontrarse Newco Buyer, SL sería que D. Alberto la demandase por incumplir los pactos de compraventa de acciones, rescindiendo el contrato de compraventa y obligándole a devolver el 100% del capital social de Kvothe Beer, SA.

4) ¿El consejo puede adoptar, pese a no estar en el orden del día, un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro? En caso negativo, alternativas de MarvelWeisser Inc. para emprender una acción legal ante D. Alberto Montenegro a raíz de su actitud.

En sede de junta de socios se podría iniciar la acción social de responsabilidad sin previa inclusión en el orden del día, sin embargo, en sede del consejo, no podría adoptarse acuerdo tendente a exigir responsabilidades de uno de los administradores, por no ser este uno de los órganos legitimados para iniciar acciones de responsabilidad de administradores (artículos 238 y 239 LSC)

Por lo tanto, para ejercitar la acción social de responsabilidad en defensa del interés social, el acuerdo de inicio de esta acción debe entablarse por la junta de socios, y podrá adoptarse aun no constando en el orden del día.

Como la respuesta a la primera pregunta propuesta es negativa, si MarvelWeisser Inc. quiere emprender una acción legal ante D. Alberto Montenegro por su actitud, tendrá en su mano las siguientes alternativas:

- Acción individual de responsabilidad, iniciada a través de Newco Buyer, SL como socio de Kvothe Beer, alegando que la actividad desarrollada por D. Alberto Montenegro, se ha visto perjudicado su patrimonio (artículo 238 y 239 LSC).
- Acción social de responsabilidad, alegando que la actividad desarrollada por el Sr. Montenegro ha supuesto un perjuicio al patrimonio de la sociedad Kvothe Beer, SA (artículos 238 y 239 LSC). Para entablar esta acción, está facultada la junta de socios de la sociedad, por lo que, el proceso para ejercitarla será el previsto en los artículos anteriormente citados.
- Destitución de D. Alberto Montenegro en la junta general de socios, ya que, siendo MarvelWeisser, Inc. la sociedad que controla Newco Buyer, SL, socio único de Kvothe Beer, puede destituir al consejero sin cumplir el requisito de que tal destitución venga prevista en el orden del día (art 223 LSC)

Situación de Kvothe Beer, S.A. respecto a los 15 empleados que el Sr. Montenegro menciona en su burofax y riesgos de lo realizado en su momento.

Kvothe Beer, SA se encuentra en una situación favorable a sus intereses con respecto a la transmisión de trabajadores, ya que la cesión se hizo con anterioridad a la compraventa y en ella se observaron todas las garantías para los trabajadores, ya que estos desarrollaban sus funciones en Kvothe Beer, SA y luego pasaron a ser de Denna por dedicarse principalmente a tareas de distribución de los productos que comercializaba Denna y no solo a las tareas de Kvothe Beer, SA.

El riesgo principal que conllevaría para Kvothe Beer, SA el cambio de los empleados de una a otra empresa, podría ser que se aprecie que tal cambio supone una cesión ilegal de trabajadores, prevista en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores. Para que fuese considerada como tal, sería necesario que se presentasen las características de la cesión ilegal de trabajadores, que son las siguientes:

- La empresa que originariamente contrató al trabajador lo pone a disposición de otra empresa, siendo esta segunda en la que el trabajador realiza su prestación laboral.
- La empresa que contrata (empresa cedente), no tiene actividad propia ni estable, además de no contar con los medios técnicos necesarios para el desarrollo de la actividad. Tampoco ejerce las tareas de dirección y control del trabajador, inherentes a la condición de empresario.
- La empresa que recibe al trabajador (empresa cesionaria) es la que realiza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Las consecuencias de que la operación fuera considerada como cesión de trabajadores implicaría que los empresarios cedente y cesionario responderían solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la seguridad social, además del resto de responsabilidades que procedan, incluso las penales.

Como consecuencia de la cesión ilegal, los trabajadores tendrían también derecho a adquirir la condición de fijos tanto en la empresa cedente como en la cesionaria, computándose la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal, manteniendo los derechos y obligaciones de un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo.

A primera vista, parece que el caso ante el que nos encontramos no sería cesión ilegal de trabajadores, ya que estos se encuentran contratados en la empresa en la que desarrollan efectivamente su actividad, por lo que no podrían volver a la empresa en la que estaban contratados originalmente (Kvothe Beer SA). Así, la situación, para Kvothe Beer, SA, sería regular a efectos laborales.

Sin embargo, desde el punto de vista de estos quince empleados, lo realizado en su momento conlleva para ellos la pérdida de su antigüedad en la empresa, con sus derechos asociados.

Impacto de la afirmación de BankSuisse, S.A. sobre la hipoteca (pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad. Impacto de las afirmaciones de BankSuisse, S.A. para la inscripción de la hipoteca, su validez y para la operación en su conjunto.

BankSuisse, SA alega que la hipoteca sobre el inmueble en Torreldones propiedad de Kvothe Beer SA, no es conforme a derecho por ser una hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido a Newco Buyer, SL por Banksanva, SA, a efectos de financiar la compraventa y los gastos de compra de Kvothe Beer, SA.

En este caso, estamos ante una situación de asistencia financiera, recogida en los artículos 149 y 150 LSC, donde se establece que una sociedad anónima no podrá anticipar fondos o conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero. Sin embargo, la asistencia financiera puede ser prohibida o permitida, por lo que habrá que analizar ante qué tipo nos encontramos para ver si esta operación es o no conforme a derecho.

Como Kvothe Beer SA, la empresa cuyas acciones son objeto de compra, es la sociedad que está prestando garantía, en forma de hipoteca sobre su inmueble (la fábrica en Torreldones) para que Newco Buyer, SL compre el 100% de sus acciones, estaríamos ante un supuesto de asistencia financiera prohibida.

Con respecto a la inscripción de la hipoteca, como la asistencia financiera es prohibida, el registrador de la propiedad no realizará la inscripción, denegándola a ser este un pacto *contra legem* (art 6.3 CC), lo que implica también la nulidad de negocio jurídico hipotecario, dado que, para la plena eficacia de la hipoteca, es preceptiva su inscripción en el Registro de la Propiedad (art 145 LH).

En este punto, la doctrina y jurisprudencia coinciden en que, en casos de asistencia financiera prohibida, sólo es nulo el negocio de financiación y no la propia operación asistida. En nuestro caso, esto supone poner en peligro la operación de financiación de Newco Buyer SA, llevando a que el banco retire el dinero aportado y, por lo tanto, no pueda hacerse efectiva la compra de Kvothe Beer, SA.

Otras de las consecuencias que puede acarrear la situación de asistencia financiera para los administradores de la sociedad sería la extensión de responsabilidad recogida en el artículo 236 LSC o la extensión del régimen sancionador administrativo (artículo 157 LSC). También tendría como consecuencia, si Kvothe Beer entrase en sede concursal, la posibilidad de declaración de concurso culpable (artículos 422 y 455 de la Ley Concursal) llegando incluso al delito de administración desleal, con las responsabilidades penales recogidas en el artículo 252 CP.

En este caso MarvelWeisser, Inc. es la sociedad matriz del grupo, y, como hemos visto, podría ser considerado administrador de hecho de la sociedad, por lo que deberá estudiar a fondo la situación de asistencia financiera prohibida en la que se ha incurrido, regularizándola, para evitar la mencionada transmisión de responsabilidades.

Conclusiones y estrategia final

Primera.- Denna, SL podrá interponer contra Kvothe Beer, SA la acción por enriquecimiento injusto y las acciones derivadas de la Ley del Contrato de Agencia. Estas serían la acción de indemnización por clientela (art. 28 LCA), el resarcimiento por gastos e inversiones no amortizables (art. 29 LCA) y la compensación por falta de preaviso en el plazo de 6 meses (art. 25 LCA). Frente a ello Kvothe Beer, SA puede alegar la innecesaridad del preaviso (art. 30 a) LCA) o que ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción (art 31 LCA), si esta se inicia fuera de plazo.

Segunda.- Newco Buyer, SL y Kvothe Beer, SA podrán ejercer las acciones por incumplimiento del deber de lealtad (artículos 227, 228 y 229 LSC), y la acción de enriquecimiento injusto derivado de la infracción del deber de lealtad (227.2 LSC) contra D. Alberto Montenegro como administrador de Kvothe Beer, SA. Además de las acciones de impugnación, cesación en su cargo, remoción de efectos y anulación de los actos y contratos celebrados por el Sr. Montenegro en infracción de su deber de lealtad (artículo 232 LSC).

Asimismo, Newco Buyer, S.L, estaría legitimada para ejercer las acciones dimanantes de la teoría general de vicios del consentimiento, por ser contraparte del Sr. Montenegro en el contrato de compraventa de Kvothe Beer, SA.

Tercera.- D. Alberto Montenegro, como administrador de Kvothe Beer, SA, no puede interponer acciones contra Newco Buyer, SL, Chetae, SL o MarvelWeisser Inc. Como última opción y, con pocos visos de prosperar, podría reclamar la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo.

Cuarta.- Chetae, SL, para ejercitar la opción de venta, seguirá el proceso previsto en el pacto de socios, siendo aplicable a las controversias dimanantes del pacto de socios el Derecho español, en virtud del artículo 10.5 CC.

Quinta.- Espumas de Marbella, SA podrá interponer frente a Kvothe Beer, SA las acciones derivadas del contrato de concesión mercantil que las une, pero frente a MarvelWeisser Inc. no podrá ejercer ninguna acción. La responsabilidad sobre los errores debidos a la falta de información en la *Due Diligence* en la compraventa de empresas recae en el vendedor, en este caso, del Sr. Montenegro. Este Sr. Montenegro, al haber entregado información sensible a Espumas de Marbella, SA ha incurrido en infracción del deber de lealtad.

Sexta.- En sede del consejo, el Sr. Barron y el Sr. Aguirrebengoa podrán adoptar acuerdos en ausencia del Sr. Montenegro, y también si él comparece y vota en contra.

Sin embargo, el Sr. Montenegro tiene plenos derechos de asistencia al consejo, pudiéndosele cesar del cargo en sede de junta de socios. MarvelWeisser, Inc, dada la situación, podrá ejercer contra el Sr. Montenegro las acciones individual y social de responsabilidad, así como la cesación en sede de junta general de socios.

Séptima.- La situación de Kvothe Beer, SA con respecto a la cesión de quince trabajadores a Denna, SL es perfectamente regular, siendo el único riesgo que se aprecie cesión ilegal de trabajadores (art 44 ET).

Octava.- La hipoteca sobre la fábrica constituye una operación de asistencia financiera prohibida (art. 149 y 150 LSC), hecho que tiene como consecuencia la nulidad del negocio de financiación. Se recomienda la regularización de esta situación para evitar la transmisión de responsabilidades a MarvelWeisser, Inc, en su condición de sociedad *holding* del grupo y administrador de hecho de Kvothe Beer, SA.

Estrategia final.- A la vista de todo lo anterior, se proponen las siguientes recomendaciones para fortalecer la situación en la que se encuentra Kvothe Beer, SA y eliminar posibles contingencias futuras:

- Se recomienda esperar a las acciones que Denna, SL ejercite contra Kvothe Beer, SA para proceder a articular la estrategia de defensa de Kvothe Beer, SA.
- Se recomienda también accionar contra D. Alberto Montenegro por infracción del deber de lealtad I, además de cesarle de su cargo de administrador (en sede de junta) lo antes posible, ya que, de mantenerse en el puesto, seguirá provocando graves perjuicios al interés social de Kvothe Beer, SA.
- De la misma forma, se recomienda ejercer contra el Sr. Montenegro las acciones de responsabilidad de administradores.
- El punto más importante y preocupante para MarvelWeisser Inc. es la situación de asistencia financiera prohibida, ya que actualmente, la hipoteca, y, por tanto, la operación de financiación se encuentra incurso en una causa de nulidad. Por lo tanto, se recomienda renegociar el contrato de financiación con el banco y buscar otra garantía que ofrecer a Banksanva, SA, en vez de la hipoteca inicialmente constituida.

Agradeciéndoles haber depositado su confianza en nuestro despacho, quedo a su disposición para resolver cualquier duda derivada del presente informe, así como de la posibilidad de que nuestro departamento procesal se encargue de iniciar las acciones recomendadas.

Blanca Pardo Pilo