



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER, ESPECIALIDAD EMPRESA
MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA Y MÁSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA

ALUMNO

LUIS TANGIR VEGUE

COORDINADORES

SARA DÍEZ RIAZA

BRUNO WALTER MARTÍN BAUMEISTER

TUTORA

OFELIA TEJERINA RODRÍGUEZ

CURSO ACADÉMICO

ENERO DE 2022

Pregunta número 1

A tenor de la información puesta en conocimiento de nuestro despacho, cabe atender en primer lugar a la formulación de las primeras preguntas propuestas en relación a las acciones pertinentes a ejercitar por Denna S.A. y en su defecto, las acciones de defensa de Kvothe Beer S.A. respecto de las acciones que sean ejercitadas frente a su mercantil.

A su vez, esta primera parte del asesoramiento contará con diversas defensas dirigidas a solventar los problemas les genere perjuicios, o en su defecto, menoscabo a sus intereses por el ejercicio empresarial lesivo o poco diligente de algunas de las mercantiles objeto del presente dictamen.

En primer lugar, respecto de las acciones que pueden ser ejercitadas por parte de Denna S.A., ha de tenerse en cuenta el escenario de resolución contractual entre Kvothe Beer S.A. y Denna S.A. en relación al contrato de distribución suscrito entre ambas dos, resolución contractual que afecta al apoderamiento y autorización de la que disponía Denna S.A. en cuanto a servicios de subcontratación de los productos de Kvothe Beer S.A.

A la relación jurídica descrita, se le ha de aplicar la Ley del Contrato de Agencia debido a la relación de agente y concesionario existente entre las partes mencionadas, siéndole atribuido la capacidad para poder ejercitar una acción indemnizatoria que esté dirigida a satisfacer los beneficios no solo económicos obtenidos a raíz de la aportación de clientela, y su modo de aprovechamiento por parte del concedente en el momento del desarrollo de sus actividades.

Todo ello partiendo de lo dispuesto en el **artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia que dispone lo siguiente:**

*“Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, **tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran**”.*

Atendiéndose al carácter doctrinal emanado por parte del Tribunal Supremo, debe atenderse al criterio desprendido de las sentencias **523/2016 del 22 de Julio y 1392/2008 del 18 de enero**, donde se atendía desde la perspectiva jurídica de la primera sentencia al hecho de que se haya probado la efectiva aportación de clientela sumado al potencial aprovechamiento de la figura que lo concedía, todo ello sumado a que el contrato suscrito dispusiera de una cláusula que considerase a efectos negociales y contractuales a los clientes como un activo común en términos de obtención de beneficios, ciñéndose a la aportación de clientela aún a expensas de que ambas figuras no mantengan la misma relación contractual ya sea por extinción o resolución contractual.

Desde la perspectiva de la referida sentencia **1392/2008**, así como la que remarca la sentencia **523/2016**, podría atenderse a un criterio objetivamente mas claro hablando en términos empresariales de integración o no, de la figura del concesionario a una red comercial cuyo espectro aproxime de forma notoria y significativamente la posición del empresario con la del agente.

Por parte de Denna S.A. puede atenderse al ejercicio de la acción referida anteriormente en cuanto a la clientela, pudiéndole ser atribuido el ejercicio de la acción de compensación por falta de preaviso ejercitada por Kvothe Beer S.A. a raíz de la vulneración de los plazos legales recogidos en los **artículos 25.1 y 25.2 de la Ley del Contrato de Agencia:**

- “1. El contrato de agencia de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.*
- 2. El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes”.*

En el supuesto que Kvothe Beer S.A. decidiera finalizar el contrato con Denna S.A., deberá asumir desde un carácter jurídico cuales han sido las motivaciones que acompañan a la terminación contractual que a ambas dos les vinculaba. El efecto sorpresivo respecto a la terminación del contrato aún existiendo antecedentes donde la otra parte contractual es la “beligerante”, no supone un motivo válido para no tenerse en cuenta tales motivaciones, así como si concurre la compensación por clientela como vía precedente de la terminación contractual, siendo este motivo alegado por el agente, en este caso como figura distribuidora.

Este argumento se sustenta en la alegación del Sr. Montenegro de que el éxito de Kvothe Beer S.A. radica en el desarrollo de distribución llevado a cabo por Denna S.A., todo ello unido al antecedente anteriormente mencionado, siendo en este supuesto el arranque de furia que desencadenó la amenaza de medidas legales frente a Kvothe Beer S.A.

Por ende puede entenderse que la extinción del contrato se ve motivado por circunstancias ajenas al cumplimiento de distribución por parte de Denna S.A., donde este tendría el derecho de ejercitar las acciones pertinentes en relación a la captación de clientela teniendo en cuenta que tal hecho ha supuesto el incremento de ventas en comparación con los distintos clientes preexistentes al acuerdo adoptado entre ambas partes.

En el supuesto concreto de existir una cláusula de renuncia en cuanto a la compensación por clientela en detrimento de Denna S.A., no supondría una vía de escape para que Kvothe Beer S.A. evitase el ejercicio de tal cláusula pues, atendiendo al criterio de adhesión en materia de considerar tal indemnización, podría suponer un tácito reconocimiento de un libre albedrío a la hora del cumplimiento de lo dispuesto vulnerando por tanto lo dispuesto en el **artículo 1256 del Código Civil** que reza lo siguiente:

“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Una decisión que podría afectar gravemente los intereses de Kvothe Beer S.A. se basa en el ejercicio por parte de la mercantil Denna S.A. de exigir el resarcimiento de las cantidades puestas en disposición por parte de la misma, las cuales estaban destinadas a inversiones para el desarrollo de las actividades de distribución, y que además tales inversiones no pudieran ser recuperadas por el agente según dispone el **artículo 29 de la Ley del Contrato de Agencia**.

A su vez, esta circunstancia podría entenderse propia de un acto doloso por parte de Kvothe Beer S.A. si no hubiera concurrido el acto de ira por parte del Sr. Montenegro pues, debido al volumen de las operaciones por los servicios prestados hacia Kvothe Beer S.A., puede entenderse que ha existido la pérdida de unas cantidades a percibir en concepto de beneficios todo ello como parte del lucro cesante existente por la no actividad de distribución.

Tal unilateralidad en la decisión de resolución contractual puede derivarse a la pérdida de negocio que pueda probarse y que, como consecuencia de ello, no le ha permitido reorganizar su negocio en el tiempo estipulado según dispone la ley (un mes, pudiéndose prorrogar por un máximo de seis, tomando de referencia que cada mes computará a tenor de cada uno de los años de vigencia del contrato de distribución).

Pregunta número 2

Tomando como base todas y cada una de las informaciones filtradas, en caso de poder ser probada judicialmente la actuación dolosa del Sr. Montenegro, una de las posibles acciones a ejercitar frente a su persona será aquella de carácter penal por descubrimiento de secretos profesionales, mediando en este supuesto informaciones relativas a las mercantiles Kvothe Beer S.A. y Newco Buyer S.L., castigada tal conducta según lo dispuesto en el **artículo 279 del Código Penal** de nuestro país que reza lo siguiente:

“La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

A su vez, a fin de dirigir responsabilidades por las amenazas vertidas, así como por la actitud de beligerancia del Sr. Montenegro como antecedente a un menoscabo futuro de los intereses de las sociedades Kvothe Beer y Newco Buyer, ambas dos pueden instar al ejercicio de una acción social dirigida a evitar que siga ostentando el cargo de consejero independiente, amparándose en el incumplimiento del deber de lealtad frente a la sociedad y el menoscabo a los intereses más legítimos de la misma.

No obstante, el ejercicio de tal acción deberá ser acordada previamente por la sociedad, según determina el **artículo 238.1 de la Ley de Sociedades de Capital** que reza lo siguiente:

“La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo”.

Pregunta número 3

En base a la cuestión planteada, una de las acciones que podría interponer el Sr. Montenegro frente a Newco Buyer S.L. Chetae S.L. o MarvelWeisser Inc debe versar acerca de la hipoteca constituida sobre la embotelladora de Kvothe Beer S.A. y que se encuentra en Torreldones.

La misma, además de no ser conforme a derecho tal y como manifiesta BankSuisse S.A., este bien puede tener consideración de bien esencial, y por ende su enajenación no puede llevarse a cabo con semejante facilidad, así como optar por constituir una hipoteca sobre tal inmueble a espaldas de la sociedad sin contar con el acuerdo de la Junta General.

El acuerdo de constituir una hipoteca sobre dicho inmueble (el cual tal y como se ha planteado, parece tener consideración de activo esencial), es competencia de la Junta General según reza el **artículo 160 apartado f de la Ley de Sociedades de Capital**, que reza lo siguiente:

“La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”.

A su vez, a tenor de velar por lo dispuesto en el **artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital**, la acción será relativa a considerar nula tal acto contractual, así como una acción de daños y perjuicios dirigida contra aquellos administradores de las respectivas sociedades en caso de probarse un menoscabo a Kvothe Beer S.A. por tal hipoteca constituida.

“El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”.

Pregunta número 4

a) El ejercicio para llevar a cabo la venta de las participaciones sociales de Newco Buyer S.A. en su totalidad requiere de un procedimiento legal que, aún a expensas de no revestir ninguna complejidad, requiere de un tratamiento fiscal a efectos impositivos, siendo este punto el más importante a tener en cuenta.

En primer lugar la transmisión de las participaciones sociales, en principio no requiere de ser elevada a escritura pública pues, a efectos formales no es un requisito a cumplir por parte de la figura vendedora.

A su vez, aunque la transmisión de las mismas no requiera de ser elevada a público, si es un acto recomendable de llevar a cabo a efectos tanto probatorios como de publicidad de tal transmisión pues, desde un primer momento queda demostrada su efectiva transmisibilidad, así como el valor de la publicidad a tenor de quedar probada su eficacia frente a terceros en caso de poder ser ejercitado el derecho de oposición a tal transmisión por algún tercero interesado.

En el presente supuesto, atendiendo a la perspectiva de la referida publicidad, no supone un mecanismo que pueda evitar la transmisión pues, además de existir un pacto de socios que respalde la operación bajo unos parámetros que lo facultan (en este caso unos rendimientos financieros por debajo de un umbral esperado) tampoco existe una exigencia formal en el referido pacto de socios de requerirse un otorgamiento de escritura pública dado que tampoco la Ley de Sociedades de Capital hace una especial atención a este hecho tal y como el Código Civil si hace a través del **artículo 1279**, el cual manifiesta tal formalidad como parte del procedimiento a tener en cuenta en ciertos supuestos.

Un requisito a considerar es el hecho de especificar cuales son todas y cada una de las condiciones a tener en cuenta para la transmisión, tales como el valor de tales participaciones sociales presumiéndose que será aquel valor que figure en el último balance aprobado, o en su defecto el estipulado entre las partes.

En caso de existir desavenencias en el precio de las participaciones sociales a efectos de ejercitar la opción de venta, se atenderá a lo dispuesto en el **artículo 353.1 de la Ley de Sociedades de Capital**, que dispone lo siguiente:

“A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración”.

A tales efectos se entiende que tal balance ha sido sometido a un procedimiento de auditoría que ha determinado su veracidad tras tal proceso de revisión.

Previo a formalizarse el acuerdo de compraventa con la consiguiente documentación en escritura pública, deberá someterse tal consentimiento a la Junta General para poder llevarse a cabo.

En materia fiscal de la operación, atendiendo a lo dispuesto en el **artículo 20.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades**, en caso de obtenerse una ganancia patrimonial con tal operación, puede serle de aplicación a tales ganancias una exención por doble imposición dado que el volumen de la operación es sobre el total de las participaciones sociales, cuando por exigencias legales se requiere al menos un 5% de las participaciones sociales sujetas a tal operación de venta de las mismas.

b) A tenor de la no estipulación en el correspondiente contrato de socios con Newco Buyer, S.L., y atendiendo al principio de autonomía de voluntad de las partes que se consagró a través del Convenio de Roma, es pertinente recurrir a este tratado como vía para solucionar la cuestión planteada.

En primer lugar, esta decisión está motivada dado que por medio de la aplicación de este tratado, no se requiere vinculación alguna en cuanto a elementos tales como el lugar de celebración del presente acuerdo así como el objeto o partes intervinientes.

Atendiendo a que la constitución de Newco Buyer, S.L fue llevada a cabo por una mercantil Española, siendo MarvelWeisser Inc estadounidense, facultaría que la ley aplicable a este supuesto fuera la española a tenor de lo dispuesto en el **artículo 4 del Convenio de Roma** firmado el 19 de junio de 1980 que reza lo siguiente:

“En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país”.

Por ende puede entenderse que de tal operación de compraventa la cual dio pie a la constitución de la sociedad referida, existe un vínculo contractual con una sociedad española, en este caso la sociedad de Bilbao Chetae S.L., siéndole de aplicación lo dispuesto en la legislación española y atendiendo a lo dispuesto en el Convenio de Roma.

Atendiendo al supuesto mencionado del artículo 3.1 del referido Convenio, cabe la posibilidad de que la aplicabilidad de la ley española solo se dirigiera a una parte concreta del contrato. Para ello tendrían que concurrir supuestos que, según lo dispuesto en el contrato de socios, afectase a futuros socios o miembros del Consejo de Administración cuyas nacionalidades no fueran españolas siendo este supuesto una circunstancia que rompería el referido vínculo contractual entre las partes del contrato.

Todo ello según lo dispuesto en el párrafo segundo del **artículo 3.1 del Convenio de Roma**:

“No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país”.

La recomendación a tener en cuenta de que la ley aplicable sea la española, versa no solo por el mencionado vínculo, sino por el hecho de que la nacionalidad de aquella parte sometida a la obligación en cuanto a la prestación de lo pactado en tal contrato de socios es distinta a la española, y siendo la prestación el pago de un precio cierto, puede entenderse aplicable la legislación de la sociedad sometida a este supuesto, en este caso la legislación del país de origen de Marvel Weisser Inc.

Aunque, por otro lado podría atenderse al hecho de que el perfeccionamiento del contrato ha tenido lugar a través de una sociedad constituida en España.

Plantear esta discusión pudiendo darse el supuesto de aplicabilidad de una legislación distinta a la española supondría un menoscabo de los intereses de ambas mercantiles debido a una posible regulación inconexa, siendo incluso contradictoria en disposiciones acerca de esta circunstancia en concreto.

Atendiendo al supuesto sobre el que oscila este contrato de socios cabe la posibilidad de la aplicación del artículo 3.1 siempre y cuando en el mismo, se hubiera especificado algún tipo de derecho de venta preferente de las participaciones sociales y que estos estén atribuidos a un socio residente fuera de territorio español, así como la existencia de algún derecho de arrastre. Todo ello si tanto el socio vendedor, como el tercero adquirente, o ambos dos, no fueran españoles o con residencia en nuestro país.

También podría ser de aplicabilidad en caso de alguna cláusula que exija tácitamente algún criterio de distribución de dividendos, entendiéndose que los beneficiarios de los mismos no fueran en su totalidad españoles.

Pregunta número 5

a) En primer lugar cabe reseñar el mencionado derecho en exclusiva que ostentaba la mercantil Espumas de Marbella S.A., siendo esta relación jurídica de distribución exclusiva en un territorio determinado la principal afectada pues, en tal relación existe una previsión de reventa de los productos objeto de tal contrato viéndose estos afectados con el consiguiente peligro de no lograr ser puestos en disposición para su suministro.

Antes de indicar las posibles acciones a ejercitar, hay que plantear que en este supuesto Kvothe Beer S.A. en todo momento asume y mantiene el control de los productos objeto del contrato de distribución comercial sin llegar a trasladarse su titularidad o tenencia a Espumas de Marbella S.A., dándose además la especialidad de que en este caso no es un contrato de agencia el mecanismo por el cual se perfecciona el contrato sino un contrato de distribución.

Por tanto, Espumas de Marbella S.A. se ve inmerso en una situación que le obliga a hacer frente a una serie de pérdidas por la presente situación, debido a que asume la ventura y riesgo de los productos directamente al ser adquiridos por cuenta propia tales productos.

Tal criterio de riesgo puede permitir a Espumas de Marbella ejercer una acción indemnizatoria por la previsión de beneficios anuales que no van a percibirse a consecuencia de tal resolución contractual, así como el ejercicio de una acción indemnizatoria dirigida a la clientela prevista a la que no se le ha podido satisfacer con tal resolución, todo ello con la premisa y con las vías necesarias de carácter probatorio de que los clientes afectados (debido a las relaciones comerciales existentes) no recurran a los servicios de Espumas de Marbella, siendo este supuesto mas improbable respecto de las acciones a ejercitar debido a la dificultad probatoria del mismo.

b) La actitud de carácter omisiva por parte del Sr. Montenegro como miembro del Consejo de Administración, así como la de Denna S.A., puede motivar que ambos dos sean condenados en caso de que de cara al futuro la relación entre Kvothe Beer S.A. y Espumas de Marbella S.A. se resolviera y existieran ciertas cantidades por parte de Kvothe Beer S.A. a adeudar hacia Espumas de Marbella S.A., así como cualquier otro tipo de circunstancia entre ambas partes, suponiéndose así un menoscabo a los intereses económicos a ambas sociedades.

Una operación de compraventa supone poner de manifiesto toda la información relevante a efectos de su formalización, pudiéndose presuponer que sin haber existido conocimiento de las informaciones ocultadas o no puestas en disposición tal vez no se hubiera celebrado el contrato de compraventa.

Debe atenderse como un vicio del consentimiento este hecho omisivo, donde tal omisión de documentación puede entenderse como un error que ha sido aquel que ha inducido al comprador para hacer viable la operación de compraventa pues, tal relación contractual a expensas de haber sido conocida podía haber supuesto un impedimento para la compradora de hacer efectiva la operación.

Cabe destacar que esta omisión también puede suponer un agravio a tales circunstancias debido al vicio en el procedimiento en la *Due Diligence* que pudiera haber tenido lugar como vía que hubiera detenido la operación en pro de los intereses de la compradora, todo ello atendiendo a las responsabilidades que hubiera asumido Marvel Weisser Inc en caso de aquellas contingencias derivadas de tal contrato ocultado por parte del Sr. Montenegro y Denna S.A.

Frente a este supuesto cabe atender a lo dispuesto en el **artículo 130 apartado segundo del Código de Penal** de nuestro país que reza lo siguiente:

“2.La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella”.

Por ende tal veracidad de las informaciones puestas en disposición para la operación de compraventa puede suponer la condena del Sr. Montenegro, así como una acción de daños y perjuicios derivados de los gastos y cuantías en relación a la operación de compraventa.

c) Teniendo en cuenta las informaciones puestas en nuestro conocimiento, la única acción que consideramos pertinente a ejercitar en la entrega de información a Espumas de Marbella S.A. sería aquella relativa a la difusión de los secretos empresariales, recogido en el **artículo 279 del Código Penal** de nuestro país que reza lo siguiente:

“La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

Pero en el presente para que pueda tener cabida el texto del citado artículo, tendría que probarse que la información puesta en disposición de Espumas de Marbella entraña un daño a los intereses de las sociedades afectadas por las informaciones filtradas.

Todo ello sumado a que se hubiese vulnerado algún acuerdo relativo a la confidencialidad de los acuerdos adoptados entre el Sr. Montenegro y las sociedades afectadas, evitándose que Espumas de Marbella S.A. se beneficie de las informaciones obtenidas.

Dado que no se indica concretamente que informaciones han sido puestas en disposición de Espumas de Marbella S.A., si tales informaciones no afectasen a las relaciones comerciales existentes ni supusieran un riesgo para las sociedades afectadas, el ejercicio de una acción no tendrá cabida alguna. De lo contrario deberá atenderse al artículo 279 del Código Penal citado con anterioridad.

Pregunta número 6

a) A tenor de la situación de beligerancia que existe en el seno de la sociedad Kvothe Beer S.A., según dispone la Ley de Sociedades de Capital, no existe impedimento alguno para que tenga lugar la adopción de acuerdos entre aquellos miembros restantes del Consejo, en este caso el Sr. Byron y el Sr. Aguirrebengoa.

La composición de los miembros del Consejo de Administración como requisito indispensable en cuanto a la adopción de un acuerdo viene regulado en el **artículo 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital**, el cual reza lo siguiente:

“En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión”.

Por ende se demuestra la mayoría absoluta queda reflejada en este supuesto, aún solo concurriendo dos miembros del consejo para la adopción de acuerdos.

A su vez, atendiendo a la perspectiva de la constitución de la sociedad, a priori de atender al **artículo 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital**, con lo dispuesto en el artículo 247.2, artículo se alude a la posible constitución del Consejo de Administración desde el momento inicial en el cual concurren a la reunión el Sr. Aguirrebengoa y el Sr. Byron.

“En la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales”.

Caber reseñar que a la vista de la situación de conflicto de la que la sociedad está siendo objeto, cabe la posibilidad de que aún a expensas de que nuestro ordenamiento jurídico no plantee tales adopciones de acuerdo aún concurriendo la mayoría necesaria, podría remitirse tal supuesto a un escenario donde el Sr. Montenegro debiera adoptar las medidas necesarias para así evitar concurrir en una situación donde su situación como la de sus intereses menoscabarán al conjunto de la sociedad. En primer lugar, no solo por el hecho de tener atribuido el derecho de comunicar esta situación al resto de los miembros del Consejo, sino por el conflicto directo a personas vinculadas a la sociedad.

Por ello es necesario atender al **artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital** en relación al deber de lealtad, deber que se vería insatisfecho si tras notorias amenazas de medidas judiciales (*“va a emprender todas las acciones legales a su alcance para defender los derechos que le asisten en virtud del contrato suscrito entre Denna, S.L. y Kvothe Beer”*) participase en la deliberación y votación de acuerdos.

Cualquier deliberación o adopción de acuerdos tras amenazas de medidas judiciales sería vulnerar lo dispuesto en el apartado d) del mencionado artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital, que dispone que el deber de lealtad le obliga a *“desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”*.

La vulneración de lo anteriormente expuesto, solo supondría que el Sr. Montenegro se viera cesado y removido de sus actuales funciones una vez conocida la interposición de una posible demanda a la sociedad Kvothe Beer S.A., donde tal hecho que supondría que previamente hubiese ejercido su deber de comunicación al resto de los miembros del Consejo de Administración de tal circunstancia, así como una vía para hacer efectivo el deber de evitar conflictos de intereses entre las partes, según dispone el **artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital**.

b) En el apartado anterior, se presentaba la actitud omisiva de contar con la concurrencia en la adopción de acuerdos del Sr. Montenegro. En este supuesto se presenta la concurrencia del mismo, aún a expensas de existir la posibilidad de que interponga una demanda a la sociedad, supuesto que no le facultaría de la posibilidad de votar en contra de un acuerdo pues, ni siquiera tendría atribuido el derecho de voto para participar en tal decisión *ab initio*, dado que vulneraría el deber de lealtad a la sociedad, así como el deber de evitar conflictos de intereses por medio de la comunicación de tal acontecimiento.

En el supuesto en el que si ejercitase su voto y este fuese negativo frente a las dos decisiones positivas de adoptar el acuerdo, no supondría problema alguno en cuanto a la adopción del mismo pues el *quorum* necesario para la adopción del acuerdo es suficiente, dado que los dos miembros restantes del Consejo de Administración han emitido su voto favorable al acuerdo.

c) La respuesta a esta pregunta puede reflejarse desde dos perspectivas, siendo la segunda de las expuestas a continuación la única válida a efectos legales dada la situación presentada.

La primera de ellas sería la imposibilidad de que el Sr. Montenegro pudiera comparecer en la junta con todas las facultades que tiene atribuidas.

Esta imposibilidad nace de entenderse que ante las amenazas de tomar medidas legales, el mismo fue quien comunicó al Consejo de Administración que el ejercicio de sus funciones serían incompatibles frente a la sociedad dada la manifiesta vulneración del deber de evitar conflictos de intereses, así como el deber de lealtad frente a la sociedad.

Pero atendiendo este supuesto, y desde la perspectiva de no existir impedimento alguno para la comparecencia ante el Consejo, deberá acordarse por parte de la Junta General el hecho de evitar que comparezca ante el Consejo por el daño presente o futuro que pretende ejercer contra la sociedad. Y si concurre la decisión de evitar su comparecencia ante el Consejo, se entiende que los socios son conocedores de esta situación, así como lo serían los acreedores de la sociedad.

Por tanto, en caso de evitar esta comparecencia sería la propia Junta General quien decidiese este acto (presumiéndose que el voto será desfavorable que el Sr. Montenegro ejerza tal derecho) y no el resto de los miembros del Consejo de Administración.

El mecanismo para evitar esta comparecencia sería el dispuesto en el artículo **238 de la Ley de Sociedades de Capital**, que dispone una acción social de responsabilidad que permitirá adoptarse por cualquier socio siempre y cuando fueran conocedores de esta situación.

El artículo **238.1 y 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital** refleja la necesidad de tramitarse el ejercicio de esta acción, aún a expensas de existir agentes externos a la configuración de la sociedad que puedan ejercer esta acción social de responsabilidad:

“1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social”.

La concurrencia de existir amenazas previas por parte del Sr. Montenegro, facultaría a los socios de poder ejercer la acción social de responsabilidad, sin necesidad de acudir a la Junta General para la adopción de tal decisión siendo el precedente a llevar a cabo la vulneración del deber de lealtad, fundamentándose en la infracción del mismo tal y como dispone el **artículo 239.1 de la Ley de Sociedades de Capital** que reza lo siguiente:

“El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

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”.

Como última vía de ejercicio de esta acción social de responsabilidad, cabe la posibilidad de que la misma sea ejercida tal y como se ha expuesto con anterioridad por parte de los acreedores de Kvothe Beer S.A.. En este supuesto sería Banksuisse S.A. el acreedor el cual podría dirigir tal acción social de responsabilidad, todo ello debido al riesgo de que no puedan satisfacerse las cantidades dispuestas, en base a la situación patrimonial de Kvothe Beer S.A.

Todo ello a tenor de lo dispuesto en el **artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital** que reza lo siguiente:

“Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”

Para concluir, y atendiendo a la figura del accionariado como precursor de la iniciativa de la referida acción social de responsabilidad, Marvel Weisser Inc tendría la posibilidad de ejercerla frente al Sr. Montenegro dada la participación que la misma tiene sobre Kvothe Beer S.A.

d) La respuesta a esta pregunta es clara aunque un tanto ambigua en base al orden del día que pretenda añadirse sin atenderse al plazo legal estipulado para su deliberación como punto a tratar durante la Junta General.

Por un lado la Ley de Sociedades es clara al respecto según lo dispuesto en el artículo 179 el cual dispone que *“en la sociedad anónima, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. **El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria**”.*

Por tanto, atendiendo a esta perspectiva, no podría incluirse un punto en el orden del día que estuviera dirigido a exigir responsabilidades al Sr. Montenegro, salvo que tal punto estuviera dirigido a apartarlo de su cargo, en cuyo caso, y atendiendo a lo dispuesto en el **artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital** si tendría cabida dado que *“Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día”.*

Por tanto la respuesta a esta pregunta debe entenderse como negativa. No es posible incluir esta circunstancia como punto dentro del orden del día, dado que en la situación actual no se pretende apartar del cargo al Sr. Montenegro, simplemente exigirle ciertas responsabilidades.

Por tanto una acción legal que podría dirigir Marvel Weisser Inc frente al Sr. Montenegro sería aquella relativa a la vulneración del secreto de las deliberaciones dado que no ha existido pasividad por su parte al concurrir un pleno conocimiento por parte de Espumas de Marbella S.A. acerca de la resolución contractual con Denna S.A., no siendo tal información inofensiva para Marvel Weisser Inc dada la también concurrencia de un delito de administración desleal a raíz de los diversos actos relativos respecto de la revelación de secretos a terceros, según indica el **artículo 252 del Código Penal** que reza lo siguiente:

“Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”.

Pregunta número 7

Cabe recordar que los trabajadores estaban desempeñando funciones de distribución para Denna S.A. previo a formalizarse los correspondientes pactos de compraventa.

Pues bien, en el momento de consumarse la cesión de estos 15 trabajadores se estaba incurriendo en una actividad de cesión ilegal de los mismos según se extrae de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores pues, básicamente se puso a disposición de Denna S.A de tales trabajadores bajo unos parámetros fuera de lo legalmente permitido.

En primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico no contempla el hecho de que un trabajador desarrolle sus actividades laborales para una empresa mientras que es pagada por otra distinta, en este caso trabajar para Kvothe Beer S.A. y ser Denna S.A. quien hace efectivo sus salarios, pues solo el supuesto de aquellos que desarrollen su trabajo en empresas de trabajo temporal podrán percibir su remuneración laboral por parte de una empresa distinta para la que presten sus servicios.

Una cuestión a tener en cuenta es que Kvothe Beer S.A. ha de ser considerada a todos los efectos como empleadora de esos trabajadores aún habiendo concurrido una operación de compraventa de Kvothe Beer S.A. según dispone el **artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores** la relación laboral de los 15 trabajadores cedidos ilegalmente seguirá estando unida a Kvothe Beer S.A.

“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

Por tanto, tales obligaciones y derechos sobre los que se subroguen ambas partes, les obligará a hacer frente a las obligaciones contraídas con los mencionados trabajadores, así como aquellas responsabilidades de carácter penal según manifiesta el **artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores** que reza lo siguiente:

“Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán *solidariamente* de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos”.

Desde la perspectiva del **artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores**, se refleja bajo que condiciones es considerada una cesión de trabajadores como ilegal, siendo el primero de los mencionados el caso que nos atañe en el presente supuesto, el cual reza lo siguiente:

“(...) 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”.

Pregunta número 8

Atendiendo a este supuesto en cuestión cabe recordar la línea de crédito concedida por parte de BankSuisse S.A. otorgada a favor de Kvothe Beer S.A., así como el préstamo concedido por parte Banksanva S.A. a favor de Newco Buyer S.L.

El hecho de la prenda constituida sobre la totalidad de las participaciones sociales de Newco Buyer S.L. a favor de Banksanva S.A. parece reflejar una vía de repago de aquella financiación que se está poniendo a su disposición, siendo en todo momento el patrimonio de Newco Buyer S.L. como un objeto que salvaguarde la devolución de la financiación y de sus correspondientes intereses puesto que el hecho de emplear recursos propios para hacer efectivo el préstamo concedido, supone en si un añadido a la actividad ilegal llevada a cabo tras la constitución de la referida prenda.

Atendiendo a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital se estaría llevando a cabo una asistencia financiera para lo que podría ser considerado en caso de probarse, una adquisición de participaciones sociales.

Por ende, para el caso de la mercantil Newco Buyer S.L. deberá ser de aplicación lo dispuesto en el artículo **143.2 de la Ley de Sociedades de Capital** que reza lo siguiente:

“1. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca.

2. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”.

Mientras que para Kvothe Beer S.A., deberá serle de aplicación el **artículo 150.1 y 150.2 de la Ley de Sociedades de Capital** que reza lo siguiente:

“1. 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.

2. La prohibición establecida en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo”.