



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MASTER

Máster Universitario en Derecho de Empresa

Alumno: Miguel Ángel Cuevas Deltell

Tutor: Miguel Martínez Muñoz

En Madrid, a 10 de enero de 2022

RESUMEN

Este trabajo está destinado a la elaboración de un informe jurídico (el “**Informe**”) sobre determinadas cuestiones planteadas por parte del abogado de la sociedad estadounidense MarvelWeisser Inc. (el “**Cliente**”) en el contexto de la adquisición de la mercantil de nacionalidad española Kvothe Beer, S.A. (la “**Sociedad**” o “**Kvothe**”) a través de la sociedad Newco Buyer, S.L. (en adelante “**NewCo**”).

En este supuesto se trata de exponer al Cliente las distintas implicaciones jurídicas que conllevarían las cuestiones planteadas tras realizar un análisis legal, jurisprudencial y doctrinal. Dichas cuestiones se tratan, en primer lugar, desde un punto de vista genérico con el fin de exponer la situación regulatoria de cada una de ellas en la actualidad para, después, aplicarlas al caso concreto de Kvothe.

La principal finalidad que se persigue es que el Cliente quede informado de las implicaciones legales que pueden derivarse de las cuestiones de actuación que plantea. Para ello, y con el fin de seguir el supuesto de hecho, el Informe se dividirá en seis partes tratando de abordar:

- I. Cruce de posibles acciones derivadas del contrato de distribución celebrado entre Kvothe y Denna, S.A. (en adelante “**Denna**”) y del contrato de compraventa de acciones de Kvothe; junto a posibles acciones que puedan interponerse contra D. Alberto Montenegro como consejero del órgano de administración de Kvothe.
- II. Cuestiones derivadas del contrato de socios celebrado entre Chetae, S.L. (en adelante “**Chetae**”) y el Cliente.
- III. Cuestiones derivadas del contrato de distribución en exclusiva celebrado entre Espumas de Marbella, S.A. (en adelante “**Espumas de Marbella**”) y Kvothe.
- IV. Cuestiones derivadas del consejo de administración a celebrar el 30 de noviembre de 2021.
- V. Traspaso de quince empleados de Kvothe a Denna.
- VI. Hipoteca constituida a favor de Banksanva, S.A. (el “**Banco**”) en garantía del crédito concedido de 130.000.000 € para financiar la adquisición de Kvothe.

Para finalizar, se añade como **Anexo I** una estrategia legal ofrecida al Cliente y conformada por una serie de recomendaciones a las que se han llegado a partir de las conclusiones alcanzadas en el Informe.

INDICE

Contexto societario	4
Alcance y limitaciones	5
Primera parte: Cruce de posibles acciones derivadas del contrato de distribución celebrado entre Kvothe y Denna, y del contrato de compraventa; junto a posibles acciones que puedan interponerse contra D. Alberto Montenegro como consejero del órgano de administración de Kvothe.	6
1. Acciones y defensa derivada del contrato celebrado entre Kvothe y Denna	6
2. Acciones y defensa derivada de la Compraventa y acciones a ejercitar contra D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe....	6
2.1 Acciones derivadas de la Compraventa.....	6
2.2 Acciones a ejercitar contra D. Alberto Montenegro por su relación con Kvothe	7
3. Acciones que podría ejercitar D. Alberto Montenegro como consejero de Kvothe	7
Segunda parte: Cuestiones derivadas del contrato de socios celebrado entre Chetae y el Cliente.	8
Tercera parte: Cuestiones derivadas del contrato de distribución en exclusiva celebrado entre Espumas de Marbella y Kvothe	10
Cuarta parte: Cuestiones derivadas del consejo de administración a celebrar el 30 de noviembre de 2021.....	12
Quinta parte: Traspaso de quince empleados de Kvothe a Denna	15
Sexta parte: Hipoteca constituida a favor del Banco en garantía del crédito concedido de 130.000.000 € para financiar la adquisición de Kvothe	16
Anexo I: Estrategia legal	18

CONTEXTO SOCIETARIO

El 25 de febrero de 2020 se formalizó la compraventa de la mercantil Kvothe Beer, S.A. por parte de la sociedad estadounidense MarvelWeisser Inc. y la sociedad española Chetae, S.L. a través de la sociedad vehicular Newco Buyer, S.L. (la “**Compraventa**”).

Kvothe es una sociedad cuyo objeto social es la molidura, maceración, filtrado y fermentación de cebada para obtener cerveza. Dicha sociedad fue constituida en 1996 por D. Alberto Montenegro, quien hasta la Compraventa había sido su único accionista. A su vez, D. Alberto constituyó la sociedad Denna, cuyo objeto social es la distribución de bebidas alcohólicas y que se ha dedicado, mediante contrato indefinido, en exclusiva y en todo el territorio nacional, a la compraventa con terceros de la cerveza producida por Kvothe y por cuenta de ésta, así como a la subcontratación de dicha distribución con terceros. A su vez, Kvothe tiene también un contrato de distribución con Espumas de Marbella.

Mediante la Compraventa, Newco, participada en un cincuenta por ciento por el Cliente y en otro cincuenta por ciento por Chetae, adquirió el cien por cien de las acciones de Kvothe a cambio de 200.000.000 €. Dicha adquisición se fraguó a partir de los fondos aportados por parte de Chetae y el Cliente a Newco junto con la financiación concedida por parte del Banco que asciende a 130.000.000 €.

Actualmente el órgano de administración de Kvothe presenta la forma de consejo de administración y está integrado por tres miembros:

- D. Tyler Barron, que ocupa el cargo de presidente del consejo y fue designado a propuesta del Cliente.
- D. Pablo Aguirrebengoa, designado por Chetae.
- D. Alberto Montenegro, designado como consejero independiente a propuesta conjunta del Cliente y Chetae. Dicha designación resulta del pacto alcanzado en la Compraventa por el que los compradores se comprometían a designar a D. Alberto como consejero hasta el 31 de diciembre de 2022.

ALCANCE Y LIMITACIONES

El Informe se ha elaborado exclusivamente a partir de la información que me ha facilitado el Cliente vía verbal, telefónica o por correo electrónico.

Mi análisis queda limitado al aspecto jurídico-mercantil de las concretas cuestiones planteadas en la propuesta aceptada por el Cliente (la “**Propuesta**”). Quedan expresamente excluidas como aspectos jurídicos sobre los que se estudian las cuestiones planteadas en la Propuesta:

- Aspecto de protección de datos
- Aspecto concursal

Se presume que la información facilitada por el Cliente es veraz y que no forma parte de mi labor la verificación de la autenticidad de los documentos y datos facilitados por el Cliente.

En ningún caso el Informe viene a enjuiciar otras opiniones manifestadas por distintos expertos ni tampoco viene a tratar de emitir opiniones sobre aspectos contables, financieros, económicos o de oportunidad de negocio. Tan sólo tiene como finalidad emitir una opinión jurídica objetiva sobre los supuestos planteados por el Cliente con el fin de que éste se forme una opinión ante las situaciones fácticas planteadas en la Propuesta.

El uso de este Informe queda estrictamente limitado a la formación del criterio del Cliente para las cuestiones planteadas en la Propuesta. Cualquier otro uso distinto requerirá mi consentimiento escrito.

Las responsabilidades que pudieran derivarse por el uso que el Cliente realice del Informe, según los criterios pactados en la Propuesta, quedarán exclusivamente limitados a la cuantía que reciba por mis honorarios.

PRIMERA PARTE: CRUCE DE POSIBLES ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE KVOTHE Y DENNA, Y DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA; JUNTO A POSIBLES ACCIONES QUE PUEDAN INTERPONERSE CONTRA D. ALBERTO MONTENEGRO COMO CONSEJERO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE KVOTHE.

El Cliente ha planteado las siguientes cuestiones:

- Acciones y defensa derivadas del contrato suscrito entre Kvothe y Denna, incluso contemplando el desistimiento unilateral del mismo por parte de Kvothe.
- Acciones y defensa derivadas de la Compraventa y acciones a ejercitar contra D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe.
- Acciones que podría ejercitar D. Alberto Montenegro como consejero de Kvothe.

1. Acciones y defensa derivada del contrato celebrado entre Kvothe y Denna

Este contrato aparece calificado en la Propuesta como contrato de distribución. No obstante, si se presta atención a las notas que rodean al mismo, se puede considerar que estamos ante un contrato de agencia, regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia ("**LCA**"). Del supuesto de hecho resulta que este contrato conlleva "*...de forma indefinida en el tiempo, la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe Beer, S.A. en todo el territorio nacional de España*". En este sentido, el contrato encaja en la definición del artículo 1 LCA. El Tribunal Supremo también ha matizado¹ que el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio, mientras que en el contrato de distribución el concesionario o distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia -sin promover actos por cuenta ajena, propio de un agente- para comprar y revender.

Así las cosas, tratándose de un contrato de agencia celebrado por tiempo indefinido, Kvothe podrá resolver unilateralmente el contrato conforme al artículo 25 LCA. Al propio tiempo, Denna tendría derecho a las indemnizaciones por clientela y por daños y perjuicios reguladas en los artículos 28 y 29 LCA.

Como reacción a esta estrategia, D. Alberto podría alegar abuso de derecho² en el contexto de la Compraventa, con base en el artículo 7.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil ("**CC**"), por el hecho de que las partes, al contratar, conocían de la existencia del contrato con Denna, y el hecho de no haber sido resuelto como parte de la Compraventa supone la intención de mantenerlo en el tiempo, de tal manera que su resolución unilateral actual podría suponer mala fe por parte de NewCo.

2. Acciones y defensa derivadas de la Compraventa y acciones a ejercitar contra D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe

2.1 Acciones derivadas de la Compraventa

Estas acciones sólo pueden ser ejercitadas por la parte compradora, esto es, por NewCo, por cuanto, según previene el artículo 1.257 CC, "*Los contratos sólo producen*

¹ SSTS de 8 de noviembre de 1995 y de 1 de febrero y 31 de octubre de 2001.

² STS de 16 de junio de 1991, sobre los requisitos para alegar abuso de derecho.

efectos entre las partes que los otorgan...". Sobre esta base, NewCo podría ejercitar dos acciones contra Don Alberto:

Una de ellas estaría basada en el hecho de no haberse incluido el contrato celebrado con Espumas de Marbella en el proceso de revisión legal (la "**Due Diligence**") previo a la Compraventa. Si esta falta supone un quebranto económico considerable para Kvothe, puede entenderse que existe error en el objeto de contrato y la Compraventa sería anulable al amparo del artículo 1.266 CC³.

Si el quebranto patrimonial no es de tanta importancia, pero existe, NewCo tendría contra D. Alberto la acción de saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1.484 y siguientes CC. Por último, si no existe tal quebranto patrimonial, NewCo sólo podría ejercer contra D. Alberto una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC basada en el daño ocasionado en la fase precontractual de la Compraventa.

La segunda acción que podría ejercitar NewCo como comprador estaría basada en el incumplimiento por parte de D. Alberto de la Compraventa como consecuencia de la revelación de información en que ha incurrido, en cuanto ésta pudiera dar lugar a que se resintiera la clientela de Kvothe. En este sentido, el Tribunal Supremo⁴ ha afirmado que, en los contratos sobre transmisión de una empresa, la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso. Esta obligación estaría comprendida en los artículos 1.258 CC y 57 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio ("**CCom**"). La acción tendría por objeto la declaración de incumplimiento de la Compraventa por parte de D. Alberto y la indemnización de los daños y perjuicios causados –artículo 1.124 CC-.

2.2 Acciones a ejercitar contra D. Alberto Montenegro por su relación con Kvothe

Kvothe puede ejercitar contra D. Alberto la acción de responsabilidad social contra el administrador, dado su carácter de consejero, basada en la infracción del deber de lealtad, toda vez que el artículo 228.b) 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 ("**LSC**") prescribe que dicho deber obliga al administrador a "*guardar silencio sobre las informaciones... a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo...*". En nuestro caso, D. Alberto ha revelado a Espumas de Marbella que está previsto que el consejo delibere la terminación anticipada del contrato con Denna. Conforme al artículo 236 LSC, la acción podría ser ejercitada por Kvothe, al amparo del artículo 238; o por Newco, como socio de la misma, en los términos previstos en el artículo 239.

3. Acciones que podría ejercitar D. Alberto Montenegro como consejero de Kvothe

D. Alberto Montenegro no puede, por sí solo, interponer ninguna acción contra NewCo, Chetae o el Cliente como miembro del consejo, dado el carácter de órgano colegiado del consejo y dado que D. Alberto no es consejero-delegado. Lo que sí podría es

³ Puede invocarse en este sentido la STS de 10 de junio de 2010, sobre venta de una empresa que, en realidad estaba quebrada, y ello aun cuando dicha venta tuvo lugar mediante la transmisión de las acciones que componían su capital.

⁴ SSTS de 7 de marzo de 2012 y 9 de mayo de 2016.

ejercitar la acción de impugnación de acuerdos del consejo de administración -artículo 251 LSC-, una vez que el consejo acuerde el desistimiento del contrato con Denna. En cuanto al motivo de la impugnación, por remisión del mismo artículo, es de aplicación el 204 LSC. Según el mismo, solo podría basarse en que el acuerdo lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros. No obstante, hay que saber que D. Alberto tiene el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (artículo 229 LSC) y, al existir tal conflicto sobre este consejero por su condición de socio único de Denna, se podría alegar como excepción.

SEGUNDA PARTE: CUESTIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SOCIOS CELEBRADO ENTRE CHETAE Y EL CLIENTE.

En el día del otorgamiento de la Compraventa, el Cliente y Chetae suscribieron un pacto parasocial (el “**Pacto**”) en virtud del cual todas las decisiones relativas a cualquier modificación de los estatutos o a cualquier modificación estructural de NewCo debían ser aprobadas por unanimidad. Igualmente, en el Pacto se acordó una opción de venta a favor de Chetae (la “**Opción**”) en virtud de la cual ésta podía exigir la venta de todas sus participaciones sociales de NewCo al Cliente si los resultados financieros de Kvothe eran inferiores al plan de negocios pactado durante tres años consecutivos.

Las cuestiones que plantea el Cliente sobre el Pacto son:

- Exponer el proceso que debe llevar a cabo Chetae para ejercitar la Opción.
- Determinar la ley aplicable al pacto parasocial ante la controversia que pueda derivarse por la oposición del Cliente al ejercicio de la Opción.

Para analizar ambas cuestiones, previamente hay que partir de lo dispuesto en el artículo 28 LSC, según el cual “*Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”. Por ello, este tipo de pactos se conciben como meros contratos privados que obligan a las partes –en este caso los socios de NewCo- con carácter *inter partes* y con sujeción a las normas generales de las obligaciones y contratos previstas en los artículos 1.088 y siguientes y 1.254 y siguientes CC. Con mayor precisión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020⁵ los define como “*aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos*”. La actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anterior Dirección General de los Registros y del Notariado y en adelante “**DGRN**” o “**DSJFP**”) sigue también esta línea jurisprudencial⁶. Con esto hay que concluir, por tanto, que las acciones que se deriven de la ejecución de la Opción quedarán únicamente limitadas a la relación exclusiva que hay entre las partes derivada del Pacto, sin que ninguno se pueda valer de los recursos ofrecidos en el ámbito de la sociedad –impugnación de acuerdos, ejercicio de voto, etc.-

⁵ Siguiendo, entre otras, la SSTS de 24 de septiembre de 1987, de 26 de febrero de 1991, de 10 de febrero de 1992, de 18 de marzo de 2002, de 19 de diciembre de 2007 y de 10 de diciembre de 2008.

⁶ RRDGRN de 24 de marzo de 2010 y de 5 de junio de 2015: “*se fundamentan en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecerse vínculos obligatorios con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él*”

Con respecto al proceso de ejercicio de la Opción por Chetae, hay que saber que mediante la constitución de la Opción se reconoció a Chetae el derecho a exigir la puesta en vigor del contrato de venta de participaciones sociales, pues según autores como DE CASTRO o DÍEZ PICAZO⁷, el contrato de opción es un precontrato y, siguiendo la tesis moderna sobre los precontratos, lo que se reserva el optante es el derecho a exigir que el contrato se celebre, es decir, a que el concedente emita su declaración de voluntad negocial a favor del contrato objeto de la opción. Esta es la línea del Tribunal Supremo⁸.

En este punto, las partes ya han proyectado el contrato a celebrar en el futuro, quedando tan solo pendiente la puesta en vigor del mismo. Y es aquí donde comienza el procedimiento que debe seguir Chetae para ejercitar la Opción. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹, Chetae debería notificar de modo fehaciente y por escrito al Cliente su deseo de ejercitar la Opción. Desde ese momento, el Cliente tiene la obligación de comparecer y prestar su consentimiento a la venta de participaciones sociales de NewCo, y si se opone a ello, Chetae tendrá que hacer valer su derecho por vía judicial para que el Cliente sea condenado a emitir su consentimiento. En caso de que así sea, Chetae podrá exigir por vía ejecutiva que se dé por emitido dicho consentimiento -artículo 708 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”)- y así dar por celebrada la venta.

Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a las controversias que puedan surgir con relación al Pacto, Chetae y el Cliente no determinaron la ley aplicable al mismo, aunque sí sometieron las controversias que surgieran a los Tribunales de Madrid. Este contrato presenta un elemento extranjero –nacionalidad estadounidense de una de las partes- por lo que existe un conflicto de leyes¹⁰. Para resolver dicho conflicto resulta de aplicación el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“**Reglamento Roma I**” o “**RRI**”)¹¹. Según su artículo 4.2 “*Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato*”. Sin embargo, el problema del pacto parasocial es que se han asumido varias obligaciones por las partes, por lo que es difícil determinar cuál es la prestación característica. Según CARRASCOSA GONZÁLEZ y CALVO CARAVACA¹², en este caso el contrato no tiene prestación característica y, por tanto, hay que estar al punto de conexión del artículo 4.4 RRI conforme al cual se aplica la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos. En el caso de los pactos parasociales, estos autores consideran que el país más vinculado con este contrato es o el país en el que tienen su residencia habitual la mayoría de suscribientes –cosa que aquí no se puede determinar ya que solo hay dos

⁷ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción, Teoría del Contrato*. Sexta edición 2007. Madrid. Editorial Thompson Civitas. Págs. 395 y ss.

⁸ Así las SSTs de 26 de septiembre de 1991, de 11 de abril de 2000, de 5 de junio de 2003 y de 10 de octubre de 2012.

⁹ STS de 23 de abril de 2010.

¹⁰ STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2013.

¹¹ A mi entender, el Pacto no queda excluido de la aplicación del RRI ya que consiste en un contrato civil, ajeno a las cuestiones de Derecho de Sociedades a las que se refiere su artículo 1.2.f).

¹² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado, Volumen II*. Décimo sexta edición. 2016. Editorial Comares. Pag. 1006.

socios- o país donde radica la sede de la sociedad de la que forman parte los socios. Así las cosas, se puede concluir que la ley aplicable al pacto parasocial es la ley española, pues NewCo tiene su domicilio social en España –según se puede deducir del supuesto de hecho-.

No obstante, también se podría apreciar el problema observando la Opción como ajena al Pacto. En ese caso cabría también la aplicación del RRI¹³. Según CARRASCOSA GONZÁLEZ y CALVO-CARAVACA¹⁴, en el contrato de opción el que asume la prestación característica es el concedente y, por ello, se podría considerar que, con arreglo al artículo 4.2 RRI, la ley aplicable es la de la residencia habitual del concedente, que aquí es el Cliente y, por tanto, será la ley del Estado de Tennessee, con arreglo al artículo 22.1 RRI¹⁵. O incluso se podría argumentar que, dado que son los tribunales españoles los que tienen que calificar la Opción para conocer cuál es la ley aplicable – que por la designación de fuero así será-, y dado que el Tribunal Supremo estima que la opción es un precontrato procedería aplicar el artículo 12 del Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“**Reglamento Roma II**” o “**RRII**”) si se sigue el Considerando (10) del RRI. Según dicho precepto, ley aplicable a los precontratos es la ley aplicable al contrato a celebrar, que en este caso es la venta de participaciones sociales. Aquí se aplicaría de nuevo el RRI y su artículo 4.2, del que resultaría aplicable la ley española, pues Chetae es quien realizaría la prestación característica –transmisión de participaciones sociales-.

Sin embargo hay que concluir que el RRI determina la ley aplicable a un contrato en su unidad, con todas las obligaciones contractuales derivadas del mismo¹⁶. Por ello, si se ha determinado como ley aplicable al Pacto la ley española, ésta será también la que rija sobre las controversias que surjan en el ejercicio de la Opción.

TERCERA PARTE: CUESTIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA CELEBRADO ENTRE ESPUMAS DE MARBELLA Y KVOTHE

Antes de la Compraventa, Kvothe tenía suscrito un contrato con Espumas de Marbella para la distribución en exclusiva de los productos de Kvothe por la Costa del Sol. La existencia de dicho contrato no fue puesta de manifiesto por la parte vendedora durante la *Due Diligence* y, además, D. Alberto Montenegro ha comunicado a Espumas de Marbella la intención que tiene el Cliente de terminar el contrato con Denna.

Bajo este contexto, el Cliente plantea las siguientes cuestiones:

- Acciones que puede interponer Espumas de Marbella frente al Cliente.

¹³ SAP de Castellón de 31 de marzo de 2014 con relación a la promesa de venta.

¹⁴ CALVO CARACAVA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado, Volumen II*. Décimo sexta edición. 2016. Editorial Comares. Pag. 983.

¹⁵ Dicho precepto establece que “*Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento.*”

¹⁶ CALVO CARACAVA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado, Volumen II*. Décimo sexta edición. 2016. Editorial Comares. Pag. 899.

- Posible responsabilidad de D. Alberto Montenegro o Denna por la ocultación del contrato con Espumas de Marbella durante la *Due Diligence*.
- Responsabilidad de D. Alberto por facilitar información a Espumas de Marbella.

Previamente hay que saber que el contrato celebrado con Espumas de Marbella es un contrato de distribución en virtud del cual Espumas de Marbella adquiere cerveza a Kvothe con el fin de revenderla, prestando a los compradores la asistencia que precisen una vez realizada la venta¹⁷. Además, al haberse celebrado en exclusiva, Kvothe no puede vender su cerveza –con el fin de distribuirla en la Costa del Sol- a otro distribuidor que no sea Espumas de Marbella y ésta solo puede comprar cerveza a Kvothe.

Sobre las acciones que puede ejercitar Espumas de Marbella se destaca la de desistimiento unilateral del contrato de distribución en exclusiva. Aparentemente el contrato es indefinido y en esos casos el Tribunal Supremo reconoce derecho de desistimiento unilateral a ambas partes siempre que se realice con plazo de preaviso¹⁸.

En caso de desistimiento del contrato, Espumas de Marbella tendría derecho a exigir de Kvothe compensación por clientela por aplicación analógica del artículo 28 LCA¹⁹, según el cual *“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”*.

Sobre la posible responsabilidad derivada de la ocultación del contrato de Espumas de Marbella, hay que saber que se está en el contexto de una compraventa de empresa. La Compraventa está sujeta a las normas generales del contrato de compraventa civil – y no de la compraventa mercantil por no cumplirse los requisitos del artículo 325 CCom²⁰-. Según los artículos 1.474 y 1.484.1 del CC, el vendedor responderá al comprador de los vicios o defectos ocultos que tuviere la cosa vendida si disminuyen el uso para la que se adquirió de tal modo que el comprador hubiera pagado menos precio por ella. En este caso se podría entender que D. Alberto ocultó el contrato de Espumas de Marbella a sabiendas. Dicho contrato afecta directamente al funcionamiento de Kvothe y a su actividad diaria por lo que, de haberlo sabido Chetae y el Cliente, el precio de adquisición de las acciones habría variado.

Siendo así, la concreta acción que se derivaría frente a D. Alberto sería la prevista en el artículo 1.486 CC –como se ha enunciado al principio-. Así, NewCo tendría derecho a desistir del contrato de Compraventa con la restitución de las prestaciones, abonándosele los gastos que pagó, o bien exigir una rebaja proporcional del precio.

¹⁷ Encaja con la definición del contrato de distribución ofrecida por la STS de 17 de mayo de 1999.

¹⁸ SSTS de 24 de febrero de 1993, de 15 de marzo de 2011, de 8 de noviembre de 2012, entre otras. Además, el plazo de preaviso se considera esencial pues si la resolución decae de forma sorpresiva se podría considerar abuso de derecho o competencia desleal (STS de 18 de julio de 2012).

¹⁹ SSTS de 22 de marzo de 2007, de 22 de junio de 2007, de 15 de junio de 2008 y de 6 de noviembre de 2012.

²⁰ Así SSTS de 10 de noviembre de 1989, de 25 de junio de 1999, de 9 de julio de 2008, de 19 de octubre de 2011 y de 20 de febrero de 2020.

Además, hay que partir de la base de que D. Alberto conocía la existencia de este contrato y, por ello, se podrá exigir indemnización por daños y perjuicios si se opta por la rescisión, según el precepto citado.

Por último, con respecto a la filtración de información por parte de D. Alberto a Espuma de Marbella cabe saber, en primer lugar, que con motivo de la oferta recibida y aceptada por parte del Cliente y Chetae a D. Alberto para adquirir Kvothe se estaba suscribiendo una *Carta de Intenciones*. Normalmente este tipo de documentos albergan cláusulas de confidencialidad. Dichos pactos están sujetos a las normas generales de las obligaciones y contratos por lo que, en caso de perjuicio por incumplimiento, se puede derivar la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 CC.

No obstante, hay que apreciar que las comunicaciones entre D. Alberto y Espumas de Marbella se han desarrollado una vez ya celebrada la Compraventa y una vez nombrado D. Alberto consejero de Kvothe. Como se ha observado, dicha condición de consejero conlleva cumplir el deber de lealtad, que exige no revelar información confidencial de la sociedad –artículo 228.b) LSC-. El quebrantamiento de este deber de confidencialidad es pretexto suficiente para ejercitar la acción social de responsabilidad frente a D. Alberto con arreglo a los artículos 236 y siguientes de la LSC (por remisión del artículo 232 LSC) y exigir indemnización por los daños y perjuicios que, en su caso, se hubiesen ocasionado sobre el patrimonio social (artículo 227.2 LSC)²¹.

Incluso se podría considerar como un acto de competencia desleal en virtud de la aplicación de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (“**Ley de Secretos Empresariales**”), pues en este caso D. Alberto ha revelado la existencia una estrategia empresarial de la sociedad para con un tercero, quebrantando su deber de confidencialidad como miembro del órgano de administración. En ese caso, procederá el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 9 de la Ley de Secretos Empresariales que consistirían en la declaración por sentencia de la violación del secreto empresarial y la indemnización de daños y perjuicios fijada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 de la citada ley. Además, se podría plantear el ejercicio de la acción penal por delito de revelación de secretos profesionales del artículo 279 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (“CP”).

CUARTA PARTE: CUESTIONES DERIVADAS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN A CELEBRAR EL 30 DE NOVIEMBRE DE 2021

En el consejo de administración convocado para el 30 de noviembre de 2021 se tratarán, entre otros asuntos, la posibilidad de fusionar NewCo y Kvothe, terminar anticipadamente el contrato con Denna y suscribir un préstamo participativo entre el Cliente y Kvothe. Ante su celebración, el Cliente cuestiona si:

- D. Tyler y D. Pablo pueden adoptar acuerdos sin la presencia de D. Alberto; o con su presencia, pero con su voto en contra de cualquiera de los puntos del orden del día;
- si queda afectado el derecho de asistencia de D. Alberto por sus conductas;
- y si el consejo puede adoptar acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto y, si no es así, qué acciones tendría el Cliente para exigir responsabilidad a éste.

²¹ RDGRN de 3 de agosto de 2016.

Previamente, hay que saber que los consejos de administración de las sociedades anónimas se rigen por las reglas de funcionamiento aprobadas por el mismo –artículo 245 LSC-, por los estatutos sociales y por lo dispuesto en los artículos 242 y siguientes de la LSC. Dado que se desconocen dichas reglas y los estatutos sociales, el análisis se va a abordar a partir de la LSC.

Asumiendo que el consejo ha sido debidamente convocado –artículo 246 LSC-, el mismo quedará válidamente constituido si solo asistan D. Tylor y D. Pablo, pues según el artículo 247 LSC “*En la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales*”. Por otro lado, los acuerdos del consejo se han de adoptar por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión –artículo 248 LSC-. Si D. Alberto no ha asistido al consejo, los acuerdos se han adoptar por unanimidad, -pues si solo asisten dos consejeros, solo se alcanza la mayoría absoluta con el voto a favor de ambos-²². Si asiste, bastará con el voto favorable de dos consejeros.

Dicho esto, hay que saber que la inasistencia de D. Alberto o la emisión de su voto en contra pueden permitir a éste la impugnación de los acuerdos adoptados por el consejo –artículo 251 LSC- por acuerdo impuesto de manera abusiva por la mayoría.

Pero para responder a estas cuestiones también es preciso analizar los concretos puntos del orden del día para apreciar si existen conflictos de intereses. El art. 228 LSC exige al consejero, como consecuencia de su deber de lealtad, abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que él o una persona vinculada tenga conflicto de intereses. Por persona vinculada al consejero el artículo 231 LSC incluye a “*las sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección.*”²³ Y a “*los socios representados por el administrador en el órgano de administración*”. De estos preceptos se puede considerar que:

- Denna se considera persona vinculada de D. Alberto –por ostentar el cien por cien de su capital social-,
- el Cliente se considera persona vinculada de D. Tyler Barron –por ostentar el Cliente el cincuenta por ciento del capital social de NewCo y ser D. Tyler el consejero que representa al Cliente en el consejo-,
- y Chetae se considera persona vinculada de D. Pablo Aguirrebengoa –por la misma causa que el Cliente-.

Así las cosas, aprecio que puede existir conflicto de intereses en el caso del punto “*terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna*”. Este acuerdo puede encajar en el caso previsto en el apartado a) del citado artículo 229 –“*Realizar transacciones con la sociedad...*”. El término *transacción* ha de interpretarse de un modo

²² La RDGRN de 14 de marzo de 2016 analiza un consejo de administración de tres miembros y reconoce que el mismo puede quedar válidamente constituido si asisten dos de ellos y, además, considera válidos los acuerdos adoptados con el voto favorable de los dos consejeros asistentes.

²³ Dicho precepto presume que otorga influencia significativa “*...cualquier participación igual o superior al diez por ciento del capital social o de los derechos de voto...*”.

amplio²⁴, por lo que el contrato con Denna se puede entender incluido en el mismo. Además, Denna –y extensivamente D. Alberto- tienen un claro interés opuesto al de Kvothe –mantener el contrato-. Ello permite concluir que existe conflicto de intereses sobre D. Alberto, por lo que debe abstenerse de deliberar y votar sobre este asunto.

Con todo ello, se puede concluir que:

- Con carácter general, se pueden adoptar acuerdos sin la presencia de D. Alberto, o con la presencia pero sin el voto -o con el voto en contra- de D. Alberto, pero hay que prestar atención a la posible acción de impugnación que este consejero puede ejercitar.
- D. Alberto tiene derecho a asistir al consejo de administración. Su presencia solo se podría ver conculcada con relación al punto del orden del día con el que presenta conflicto de intereses, pero la ley le obliga a no deliberar y a no votar, sin que quede afectado su derecho de asistencia –además, su presencia se ha de tener en cuenta para fijar el *quorum* de constitución²⁵-.

Por último, sobre la adopción del acuerdo del consejo para exigir responsabilidades a D. Alberto, no es necesario que se prevea en el orden del día pues, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, “*el orden del día... no constituye un requisito esencial para la validez de la convocatoria del consejo*”. Según esta doctrina, el consejo puede tratar todos los asuntos que estime oportunos dado que, como órgano encargado de la gestión empresarial de la sociedad, ha de tener la suficiente agilidad en la toma de decisiones²⁶. Ahora bien, el artículo 232 LSC regula las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad del administrador y el mismo remite a las normas reguladoras de las acciones de responsabilidad contra los administradores. Dichas normas imponen que la acción social de responsabilidad se ejercite por la sociedad, pero con previo acuerdo de la junta general de socios (artículo 238 de la LSC). Así las cosas, el consejo podría adoptar la decisión sin necesidad de que conste en el orden del día, pero previo acuerdo de la junta.

Con respecto a las alternativas de las que puede disponer el Cliente, el artículo 239 LSC permite al socio que posea, al menos, el cinco por ciento del capital social ejercer la acción social de responsabilidad sin necesidad de acuerdo de la junta siempre que la acción se base en la infracción del deber de lealtad –cosa que aquí ocurre por conculcar el ya citado artículo 229.b) LSC, y por no haber comunicado D. Alberto al consejo la situación su conflicto de interés, según el artículo 229.3 LSC-. No obstante, en este caso competiría a NewCo -como socio único- y no al Cliente ejercitar esta acción. Como último resquicio, sí podría ejercitar la acción individual de responsabilidad ya que el artículo 241 LSC extiende su legitimación activa a los terceros que hayan visto lesionados sus intereses por los actos del administrador. Para que el Cliente pueda

²⁴ MARTÍNEZ-CORTÉS, J. El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas. En: *Cuaderno de derecho y comercio* [en línea]. Págs. 38-118. Núm. 68. Diciembre de 2017. Editorial Dikinson. [Consulta en: diciembre de 2021]. Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/655683501>. También DÍAZ MORENO, A. Diciembre de 2014. *Deber de lealtad y conflicto de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)*. En: www.ga-p.com/publicaciones [en línea]. [consulta: diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>.

²⁵ SAP de Barcelona de 7 de mayo de 2014.

²⁶ STS de 23 de mayo de 2013.

ejercitar esta acción es necesario que pruebe, según el Tribunal Supremo²⁷, que (i) la conducta de D. Alberto ha lesionado directamente su patrimonio²⁸, (ii) que D. Alberto ha sido negligente, y que (iii) existe relación de causalidad entre la conducta y el daño. Con respecto a esta acción hay que saber que supone una especificación de la acción extracontractual del artículo 1.902 CC²⁹. La culpa o negligencia del administrador puede quedar colmada por el mero incumplimiento del deber de lealtad, pero hay que saber que ese deber de lealtad se impone por la LSC en el contexto del contrato indirecto que el administrador tiene con la sociedad, por lo que aquí sería necesario probar la negligencia desde un punto de vista meramente subjetivo y ajeno al deber de lealtad³⁰.

QUINTA PARTE: TRASPASO DE QUINCE EMPLEADOS DE KVOTHE A DENNA

Uno de los pactos alcanzados en la Compraventa fue que quince empleados de Kvothe pasaran a Denna. Posteriormente, D. Alberto manifestó en el burofax remitido tras la convocatoria del consejo de Kvothe que, si da por terminado el contrato con Denna, Kvothe tendrá que readmitir a los trabajadores cedidos.

Desde el punto de vista fáctico, conviene distinguir dos fases: la fase de adquisición de la empresa y la fase de cesión de los trabajadores a Denna. Con respecto a la primera fase, hay que saber que, con motivo de la Compraventa, no existe sucesión de empresas a los efectos del artículo 44 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 (“ET”). La jurisprudencia entiende que, en caso de adquisición de la totalidad de las acciones de una sociedad, no existe en sí transmisión de la titularidad de la empresa –tan solo cambio en la titularidad de su capital social- ni tampoco transmisión de los medios necesarios para poder llevar a cabo la actividad económica³¹.

Con respecto a la segunda fase, tampoco se puede apreciar que exista cesión ilegal de los trabajadores a los efectos del artículo 44.2 del ET dado que no ha existido acuerdo entre Kvothe y Denna por el que la primera ponga trabajadores a disposición de la segunda, simplemente se ha pactado en la Compraventa el traspaso de trabajadores que se habrá operado en la realidad mediante la extinción de la relación laboral de los trabajadores en Kvothe y el inicio de una nueva relación laboral con Denna, que, tras la Compraventa, no forma parte ya del grupo de empresas que antes formaba con Kvothe.

No obstante, ante las intenciones de D. Alberto, se pueden vislumbrar tres posibles riesgos:

- Que los trabajadores intenten su reingreso en Kvothe por existencia de cesión ilegal de trabajadores: resultaría difícil dado que no se cumplen dos de los requisitos que la jurisprudencia considera esenciales para apreciar tal cesión ilegal³², que son el acuerdo entre Kvothe y Denna de cesión de trabajadores –que no existe- y la

²⁷ STS de 14 de marzo de 2004, de 7 de marzo de 2006 y de 28 de abril de 2006.

²⁸ STS de 4 de noviembre de 1991.

²⁹ SSTS de 7 de mayo de 2004 y 3 de marzo de 2016.

³⁰ Conclusiones sacadas del artículo de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. 2018. La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad. Prolegómenos. En: <https://almacenederecho.org> [en línea]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>. [consulta: diciembre de 2021].

³¹ SSTS de 19 de enero de 1987, de 14 de febrero de 2011 y de 20 de diciembre de 2012.

³² STS de 12 de julio de 2017.

persistencia de contrato de trabajo entre Kvothe y los trabajadores cedidos a Denna –que tampoco consta que existan-. Si así fuese, el riesgo sería admitir en Kvothe a los trabajadores que así lo elijan y responder solidariamente, junto con Denna, de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social y del resto de responsabilidades derivadas por dicha cesión.³³

- Si Kvothe terminó la relación laboral de los citados quince trabajadores alegando causas de organización³⁴ y no se siguieron los trámites del artículo 51 ET sobre despido colectivo –pues existía obligación para ello al ser más de diez trabajadores- los trabajadores podrían instar acción de despido con arreglo al artículo 122.2.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (“**LRJS**”).
- Y que se considere que Kvothe y Denna constituyen *grupo patológico* de empresas y que, por tanto, Kvothe deba responder solidariamente de las obligaciones laborales que Denna tenga con estos quince trabajadores. Para que exista tal condición de grupo patológico, el Tribunal Supremo³⁵ considera que se han de cumplir los siguientes requisitos: “(i) *funcionamiento unitario con confusión de plantillas*, (ii) *confusión patrimonial o unidad de caja*, (iii) *uso abusivo de la dirección unitaria* y (iv) *utilización fraudulenta de la personalidad*”. En este caso, y tras la Compraventa, no hay tal confusión patrimonial, unidad de caja ni dirección unitaria.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico-privado, D. Alberto trata de zafarse de la obligación que asumió en la Compraventa de que los trabajadores fuesen contratados por Denna por lo que se podría barajar, incluso, la acción de resolución por incumplimiento de la misma -artículo 1.124 del CC.

SEXTA PARTE: HIPOTECA CONSTITUIDA A FAVOR DEL BANCO EN GARANTÍA DEL CRÉDITO CONCEDIDO DE 130.000.000 € PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DE KVOTHE

En el día del otorgamiento de la Compraventa –el 25 de febrero de 2020- el Cliente, NewCo y Chetae se obligaron a que Kvothe constituyera en un plazo de seis meses –el 25 de agosto de 2020- hipoteca a favor del Banco sobre la principal factoría de Kvothe en garantía del préstamo de 130.000.000 € que aquél prestó a NewCo para la Compraventa. Posteriormente, se recibió un correo electrónico de BankSuisse, S.A. (en adelante “**BankSuisse**”) en el que se ponía de manifiesto que dicha hipoteca no es conforme a derecho. Además, el Cliente me informó que se otorgó escritura pública de constitución de hipoteca pero que aún no ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

Así, lo que BankSuisse pone de manifiesto es que la constitución de hipoteca puede conculcar lo dispuesto en el artículo 150.1 LSC, según el cual “*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*”. Mediante esta operación, Kvothe –que es

³³ Artículo 44.3 y 44.4 del ET.

³⁴ Según el artículo 51 del ET se consideran causas de organización “...cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción...” y, según el supuesto de hecho, los analistas del Cliente consideraron que debía proceder la cesión porque “...dichos empleados se dedicaban a tareas de distribución de los productos que comercializaba Denna, S.L. y no sólo a las tareas de Kvothe...”.

³⁵ STS de 20 de junio de 2018.

sociedad anónima- prestaría garantía, mediante la constitución de la hipoteca – asistencia financiera-, al Banco por el préstamo concedido a NewCo –la ahora sociedad dominante de Kvothe a los efectos del artículo 42 del CCom- para adquirir sus acciones. Las consecuencias que conlleva contravenir esta norma han sido discutidas por la doctrina y la jurisprudencia, pero la opinión mayoritaria considera que el artículo 150 LSC es una norma imperativa y que, en caso de contravención, procede aplicar el artículo 6.3 del CC³⁶ según el cual “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. La nulidad de pleno derecho supone la inexistencia del negocio nulo y la restitución de las prestaciones al momento anterior a la celebración del mismo. No obstante hay que recalcar que la nulidad tan solo afecta al negocio de asistencia financiera³⁷ –en este caso, la constitución de la hipoteca- quedando a salvo la adquisición de las acciones de Kvothe ni al préstamo que ha recibido NewCo del Banco.

Además, de acuerdo con el artículo 157 LSC, a la nulidad irrevocable del acto acompaña multa impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (la “**CNMV**”) por importe de hasta el valor nominal de las acciones adquiridas de Kvothe por NewCo, cuya cuantía dependerá de la entidad de la infracción y del perjuicio ocasionado a Kvothe, a sus socios y a terceros. Dicha multa se impone a los administradores, directivos y personas con poder de representación de Kvothe y a los de NewCo –como sociedad dominante que ha inducido la operación-. En un momento, se planteó que esta multa excluía la nulidad del negocio de asistencia financiera por considerar que la ley observaba una consecuencia distinta a la nulidad para el caso de contravención del artículo 150 LSC; sin embargo esta cuestión se superó y se considera que la nulidad del negocio jurídico y la imposición de la multa administrativa van de la mano.³⁸

Para finalizar, hay que recalcar que la inscripción de la hipoteca es constitutiva -artículo 1.875 del CC y 145 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (“**LH**”)- por lo que, si aún no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, la hipoteca no existe aún y, por ello, aún no se ha cometido el ilícito de asistencia financiera. Para evitarlo, se recomienda acudir a otras vías con tal de soslayar el supuesto de hecho del artículo 150 de la LSC.

³⁶ SSTs de 1 de enero de 2012 y de 2 de julio de 2012. SAP de Madrid de 2 de junio de 2015 y SAP de Barcelona de 16 de junio de 2013.

³⁷ STS de 1 de octubre de 2018 y PERDICES HUETOS, A. 2016. Asistencia financiera. [en línea] En: SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (director) y JORDANO LUNA, M. (coord.) *Manual de fusiones y adquisiciones*. 1ª Edición. Wolters Kluwer [consulta: diciembre de 2021]. Disponible en: https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2Q0WuDMBDG_5rl_RRi2unZ9yIPWDYTiRtXBHq_m0LAsaZNo9b_fZTJY4EdyfB_57u42ol0anD1_LausOpbZKcrquqwbKI6irCqiv_P18a5uluUUbvXzzxo7IPFwc38Txw74LbliESlknYkfsiWfiEPSYQedHUIXp-Ca85YQNXPiOGSvQ5quPmTce1BkdT5kbzL2CSfbgpdE52DVVCsGLJqazTZJtemATWkcG_iF71B7ZiPvh_RPjV7xBsN7xDjzWf3W1EAY_grjNT-os6qX_I1TpJvHOOpBc5HsCLTIiyFSddqGUJA_Tev_-aj95R98XrVVKfoLsDIERRq8dc1XK9qORtFk4X6B2oB3MtzAQAAWKE.

³⁸ STS de 1 de octubre de 2018 e *idem* nota 37.

Anexo I

ESTRATEGIA LEGAL

Este documento tiene por objeto ofrecer al Cliente, a modo de *bullet point* y bajo las conclusiones alcanzadas en el Informe, una serie de recomendaciones a seguir para afrontar los distintos problemas jurídicos que surgen de las situaciones fácticas puestas de manifiesto en la Propuesta. Atendiendo a dichas situaciones y siguiendo las intenciones del Cliente, se recomienda:

1. Resolver el **contrato con Denna** a través del previo acuerdo del consejo de administración de Kvothe, sin necesidad de que se haga costar en el orden del día. Igualmente se recomienda tratar de pactar con Denna la indemnización por clientela que proceda.

Ante ello, pueden existir los posibles riesgos:

- 1.1 Acción de impugnación del acuerdo del consejo por parte de D. Alberto. Frente a la misma se aconseja:
 - (i) alegar como excepción el conflicto de intereses de D. Alberto;
 - (ii) que Kvothe y NewCo ejerciten acción social de responsabilidad contra D. Alberto por no haber comunicado su situación de conflicto de intereses y por haber revelado información secreta a Espumas de Marbella;
 - (iii) que el Cliente ejercite acción individual de responsabilidad contra D. Alberto atendiendo a su calidad de consejero;
 - (iv) que Kvothe ejercite acción de indemnización por los daños ocasionados por revelar secretos empresariales basada en la Ley de Secretos Empresariales, pues es a quien corresponda legitimación activa conforme al artículo 13 de la citada ley;
 - (v) y ejercitar acción penal por delito de revelación de secretos profesionales.
- 1.2 Acción de anulación de la Compraventa alegando abuso de derecho. Frente a la misma se aconseja:
 - (i) que NewCo ejercite acción por vicios ocultos basada en el artículo 1.486 CC alegando la ocultación del contrato con Espumas de Marbella³⁹;

³⁹ A pesar de que se ha hecho referencia al principio del Informe del posible ejercicio de acción de anulación por error en el objeto (artículo 1.266 CC), considero que su ejercicio no tiene grandes garantías de éxito, pues la jurisprudencia lo reserva para casos extremos. En la jurisprudencia expuesta (véase nota 2) se

- (ii) y que el Cliente ejercite acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC por el daño indirecto que le ha infringido dicha ocultación.

2. Valorar económicamente si interesa mantener el contrato con Espumas de Marbella.

- 2.1 De ser así, remitir carta a Espumas de Marbella manifestando su intención de continuar esta relación, a modo de mostrar buena fe.
- 2.2 De no ser así, que el consejo de Kvothe resuelva el contrato, con el plazo de preaviso correspondiente y tratando de pactar:
 - (i) La indemnización por clientela;
 - (ii) y el compromiso de Espumas de Marbella de no alegar abuso de derecho y, en caso contrario, limitar la responsabilidad de Kvothe para este caso.

3. No readmitir a los quince trabajadores que pasaron a Denna, asegurándose la prueba de los siguientes hechos:

- 3.1. Que la relación laboral de estos trabajadores se extinguió siguiendo los trámites del despido colectivo, previstos en el artículo 51 ET.
- 3.2. Que el acuerdo entre Kvothe y Denna no tenía por objeto ceder a los trabajadores a la segunda, manteniendo el vínculo contractual y laboral con la primera.
- 3.3. Que Kvothe y Denna se encuentran actualmente bajo órganos de dirección distintos y que no existe confusión patrimonial entre ellas.

4. No inscribir la hipoteca constituida por Kvothe en garantía del préstamo concebido por el Banco.

Ante ello, se recomienda sustituir esta garantía por:

- 4.1. Hipoteca de máximos constituida por Chetae, como hipotecante no deudor, sobre varios de sus inmuebles hasta la responsabilidad máxima correspondiente a la mitad de la cuantía del préstamo concedido por el Banco.
- 4.2. Prestando el Cliente aval solidario y a primer requerimiento en favor del Banco en garantía de la otra mitad del préstamo.

observaba el caso de una sociedad en quiebra, cosa que aquí no ocurre. Es así como recomiendo ejercitar directamente la acción por vicios ocultos.