



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER

***INFORME JURÍDICO EMITIDO A
PETICIÓN DE LA SOCIEDAD
MARVELWEISSER, INC.***

MUDE 2021-2022

ALUMNO: DANIEL SÁNCHEZ SERRANO

NIA: 202002955

TUTOR: RAMÓN FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SAÉNZ DE SANTAMARÍA

MADRID, 10 DE ENERO DE 2022

Índice de contenidos

1. OBJETO DEL INFORME.....	1
2. ANÁLISIS Y RESPUESTA A LAS CUESTIONES JURÍDICAS SUSCITADAS SOBRE LA OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE LA MERCANTIL KVOthe BEER, S.A.....	1
2.1 Relación contractual existente entre Kvothe Beer, S.A. y Denna, S.A.....	1
2.2 Posibles acciones y defensas.....	2
2.2.1 Posibles acciones a interponer por Denna, S.A. en virtud del contrato de distribución suscrito con Kvothe Beer, S.A. Defensas de las que dispone Kvothe Beer, S.A. Peor escenario al que se puede enfrentar Kvothe Beer, S.A.....	2
2.2.2 Posibles acciones a interponer por Kvothe Beer, S.A. y NewCo Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro.....	3
2.2.3 Posibles acciones a interponer por D. Alberto Montenegro frente a NewCo Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc. como miembro del Consejo de Kvothe Beer, S.A.....	5
2.3 Proceso a seguir con la finalidad de ejercitar la opción de venta por parte de Chetae, S.L. frente a NewCo Buyer, S.L. Derecho aplicable a una posible controversia.....	6
2.4 Relación existente entre Marvelweisser, Inc. con Espumas de Marbella, S.A. Derecho de reclamación de NewCo Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro o Denna, S.A. Consecuencias derivadas de la entrega de la información a Espumas de Marbella, S.A. por D. Alberto Montenegro.....	7
2.5 Implicaciones legales de cara a la celebración de la reunión del Consejo de Administración de Kvothe Beer, S.A.....	7
2.6 Situación de Kvothe Beer, S.A. respecto del traspaso de los trabajadores y riesgos derivados de esta operación.....	9
2.7 Impacto y consecuencias jurídicas derivadas de las garantías otorgadas en favor de Banksava, S.A. y Banksuisse, S.A.....	10
3. RECOMENDACIÓN LEGAL PROPUESTA.....	12

LawField Abogados, S.L.U.
Paseo del General Serrano, s.n.
Madrid, 28001
España

Madrid, 10 de enero de 2022

1. Objeto del Informe

El presente Informe ha sido elaborado a petición de la representación legal de la sociedad MarvelWeisser, Inc. (en adelante, “**MarvelWeisser**”¹ o “**el Cliente**”) al objeto de analizar las implicaciones y consecuencias jurídicas derivadas de la pretendida operación de compraventa de la sociedad Kvothe Beer, S.A. (en adelante, “**Kvothe**”). Con esta finalidad, este documento dará respuesta, en primer lugar, a las concretas cuestiones y demandas jurídicas suscitadas por MarvelWeisser para, seguidamente, exponer de manera razonada la precisa recomendación sobre la estrategia legal a seguir en aras de instruir al Cliente en toda advertencia indispensable para llevar a buen término el negocio jurídico ejecutado.

2. ANÁLISIS Y RESPUESTA A LAS CUESTIONES JURÍDICAS SUSCITADAS SOBRE LA OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE LA MERCANTIL KVOTHE BEER, S.A.

2.1. Relación contractual existente entre Kvothe Beer, S.A. y Denna, S.A.

De forma previa a la resolución de la primera de las cuestiones planteadas por el Cliente, resulta de enorme importancia determinar ante que concreto y específico tipo de contrato nos encontramos en lo que respecta a la relación contractual que ha venido manteniendo **Kvothe** y **Denna, S.A** (en lo sucesivo, “**Denna**”). Pues bien, la doctrina científica que estudia los tipos y clases de contratos de la práctica mercantil estima conveniente y viable, en la inmensa mayoría de ocasiones, incluir bajo la categoría amplia de “**contratos de distribución**” tanto al **contrato de agencia** como al **contrato de distribución en sentido estricto**. Por consiguiente, con objeto de determinar el tipo de contrato de distribución ante el que nos encontramos se deben exponer aquí las diferencias entre ambos.

La asentada y consolidada doctrina jurisprudencial² indica que las diferencias más destacadas en estos dos contratos son:

i) Que el distribuidor es el que compra y revende los productos del fabricante **por cuenta y en nombre propios**. La ganancia aparece representada por el denominado beneficio o margen comercial; ii) Por otro lado, se define al Agente como el que promueve y termina la venta de las mercancías **en nombre y por cuenta del empresario**, a cambio de una comisión.

Se concluye que la relación contractual existente entre Kvothe y Denna debe ser considerada como **contrato de agencia**. Y ello puesto que, en el contrato de agencia, el agente actúa, siempre y en todo caso, **en nombre y por cuenta ajena**, es decir, **en nombre y por cuenta del empresario**, circunstancia que no acontece en el contrato de distribución en sentido estricto, en el que el distribuidor actúa en nombre y por cuenta propios. En el caso que nos ocupa, en primer lugar, **se verifica que Denna actúa por cuenta de Kvothe** (recordemos que Denna tiene la exclusiva para cerrar acuerdos en compraventa con terceros por cuenta de Kvothe), lo que supone de forma clara una actuación por cuenta ajena; y, en segundo lugar, queda igualmente constatado que **el agente actúa en nombre ajeno**, pues el mismo se encuentra autorizado y apoderado para contratar con terceros otros acuerdos de sub-distribución de los productos cuyo nombre y denominación se refiere a la mercantil Kvothe Pero aun más, se debe prestar atención a que Denna tiene, **de forma indefinida en el tiempo**, la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa. Precisamente se configura como nota diferenciadora del contrato de agencia respecto del resto de contratos de

¹ La sociedad MarvelWeisser, Inc. se encuentra domiciliada en 20591 Murfreesboro Road, Nashville (Tennessee).

² Entre otras muchas, STS 130/2011, de 15 de marzo.

distribución en sentido amplio, la **vocación de permanencia del contrato** de agencia, que se configura como un contrato de duración que instaura una **relación estable y duradera en el tiempo**. En efecto, en este caso Denna no asume el encargo de ejecutar un negocio concreto y determinado, sino el mayor número posible de contratos de los que, integrando el objeto de agencia, pueda promover o estipular en la zona encomendada en nombre del principal, en este caso, Kvothe.

2.2. Posibles acciones y defensas

2.2.1. Posibles acciones a interponer por Denna, S.A.

Toda vez determinada la relación contractual existente, conviene ahora referirse a las **acciones que puede interponer Denna** en virtud del contrato de distribución suscrito con Kvothe:

1. Acción de indemnización por daños y perjuicios por falta de preaviso en la resolución del contrato: el artículo 25 de la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia (en adelante, LCA), impone el respeto de un plazo de “**preaviso**” para la extinción, mediante denuncia unilateral, del contrato de agencia celebrado por tiempo indefinido, preaviso que no ha sido respetado en el caso que nos ocupa. Así, un desistimiento unilateral sorpresivo o inopinado, sin ofrecer un suficiente margen de reacción a través de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo del derecho de denuncia que, si bien no obsta a la extinción del vínculo contractual, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios³. Se debe destacar que los perjuicios indemnizables derivados del incumplimiento del plazo de preaviso por parte de Kvothe no quedarían reducidos al **daño emergente** (correspondiente a las inversiones realizadas con motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la extinción del contrato), sino que pueden extenderse también al **lucro cesante**, al amparo del régimen general dispuesto por el Código Civil para el resarcimiento de los daños contractuales.⁴

2. Indemnización por clientela: el artículo 28 de la LCA permite al agente (Denna) reclamar del empresario (Kvothe) la denominada indemnización por clientela. Sin embargo, su aplicación no es automática, pues el agente deberá probar lo siguiente: **(i) resolución unilateral e injustificada por el empresario principal; ii) que las partes no hayan pactado la exclusión de la indemnización; iii) que el agente hubiera generado la creación de nueva clientela para el empresario o que hubiera originado un incremento de las operaciones con la clientela anterior; iv) que el empresario continúe aprovechándose de la clientela o percibiendo ventajas sustanciales tras la finalización del contrato de agencia.** Es decir, Kvothe no estará obligado al pago de la indemnización por clientela si loga probar que no se ha producido la efectiva aportación de clientela y su aprovechamiento por su parte. La LCA fija un tope máximo de indemnización: el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

Se debe realizar un último apunte respecto de las dos acciones señaladas anteriormente. La indemnización por daños y perjuicios derivada **de la acción por falta de preaviso resulta plenamente compatible con la indemnización por clientela** del artículo 28 LCA.⁵

Ante las acciones que Denna tiene legítimamente a su alcance, **Kvothe dispone de los siguientes medios de defensa:**

1. Es previsible que Kvothe alegue que de la resolución unilateral sin preaviso de los contratos de agencia no deriva necesariamente daño, por lo que dicha **ausencia de preaviso, en sí misma considerada, no comporta la concesión automática de una indemnización.**⁶ En consecuencia, la defensa de Kvothe pasará por la prueba de la inexistencia de daño causado a al agente Denna, enervando así la acción de indemnización por falta de preaviso.

³ SSTS, de 18 de julio de 2012 [RJ 2012/8363] y 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858].

⁴ SSTS, de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002] y 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858].

⁵ STS 977/2005, de 19 de diciembre.

⁶ STS, de 18 de julio de 2012 [RJ 2012/8363].

2. Aplicación de la cláusula ***rebus sic stantibus*** al contrato suscrito entre Kvothe y Denna. La cláusula ***rebus sic stantibus*** se entiende implícita en todos los contratos, por lo que resulta posible que Kvothe se defienda alegando la activación de esta cláusula al verificarse que **la Covid-19** ha conllevado un cambio totalmente imprevisible en las circunstancias de la relación contractual, llevando así a la modificación o extinción de las obligaciones. Kvothe, por lo tanto, sostendría que en el caso que nos ocupa convergen todos los requisitos que demanda la jurisprudencia del Tribunal Supremo para que resulte de aplicación la cláusula, a saber: **i) Total imprevisibilidad;** y **ii) Causalidad.** Total imprevisibilidad, en tanto que la pandemia se configura como una circunstancia imprevisible y, aún siendo esta previsible, sus efectos no se han podido evitar; y **relación de causalidad entre los efectos perniciosos de la Covid-19 y la resolución del contrato**, en tanto que la bajada de la cifra de negocios que imposibilita la continuación de la relación contractual tiene su origen en la pandemia por Covid-19. Se debe advertir al Cliente que esta resulta una defensa que **carece de fundamento** sólido pues **la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido negando la aplicación resolutoria de la cláusula *rebus sic stantibus* como consecuencia de la pandemia por Covid-19**, alegando, en la mayoría de casos, que los efectos de la fuerza mayor o cláusula ***rebus*** han de ser proporcionados a la situación. Esto es, no se debe proceder a la resolución del contrato, sino que la revisión del mismo debe consistir en la prórroga de los plazos para su cumplimiento. En el caso en que la pandemia implique la imposibilidad temporal de cumplimiento se debe alargar el plazo por la duración de ese estado, haciendo prevalecer de este modo el principio de ***pacta sum servanda***.

Finalmente, respecto del **peor escenario en el que podría situarse Kvothe**, resulta oportuno señalar que el mismo vendría dado por las siguientes situaciones:

1. Estimación de todas aquellas pretensiones formuladas por Denna en tanto que ello supondría la obligación de Kvothe al **pago de todas las indemnizaciones pretendidas**, agravando su ya afectada situación patrimonial.
2. Que la falta de preaviso respecto de la resolución contractual se considere un **acto de competencia desleal** al amparo del artículo 16. 3 a) Ley 3/1991, de Competencia Desleal.⁷

De manera unánime, **la jurisprudencia⁸ niega la aplicación automática de este precepto.** En efecto, solo tiene sentido calificar un supuesto como competencia desleal si existe dependencia económica⁹. En el caso que nos ocupa, debemos recordar que Denna nace precisamente como una sociedad que no presenta, en sus orígenes, un carácter independiente respecto de Kvothe, sino que nace precisamente como un instrumento de esta para la distribución de sus productos. Ello denota la dependencia económica de Denna respecto de Kvothe habida cuenta que, de producirse la ruptura de la relación contractual entre ambas empresas, no resulta descabellado afirmar que Denna no dispondrá de alternativa equivalente para seguir ejerciendo su actividad.

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

Conviene, en este punto, referirse a la segunda de las cuestiones demandadas por la representación legal del MarvelWeisser. Pues bien, las **acciones de las que dispone Kvothe frente a D. Alberto Montenegro** son las siguientes:

1. **Acción social de responsabilidad** como consecuencia de la infracción del deber de lealtad por parte de D. Alberto Montenegro contenida en el artículo 238 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

⁷ Señala el precepto que *“tendrá la consideración de desleal: La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor”.*

⁸ SAP Madrid 258/2016, de 27 de junio.

⁹ SAP Madrid 354/2014, Sección 28ª, de 12 de diciembre.

(en adelante, LSC). Asimismo, el artículo 232 LSC “Acciones derivadas de la **infracción del deber de lealtad**”, afirma que artículo 236 y siguientes de la LSC contienen las acciones de responsabilidad del administrador. La acción social de responsabilidad, tal y como ha venido a declarar la doctrina¹⁰, puede dirigirse frente a un único administrador, esto es, frente al administrador que, con su actuación, ha causado la **lesión del interés social**. Así, el acuerdo de la Junta General respecto de la promoción de la acción social de responsabilidad deberá dirigirse contra D. Alberto Montenegro que, en aplicación del párrafo tercero del artículo 238 LSC, determinará su **inmediata y automática destitución**. Pues bien, acudiendo al mencionado artículo 236 LSC, se comprueba como en efecto, D. Alberto, en tanto que administrador de Kvothe, debe responder frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. Y ello es precisamente lo que acontece en el caso que nos ocupa, en el que D. Alberto, con manifiesta intención y dolo por su parte ha incumplido sus obligaciones básicas derivadas de su deber de lealtad.

En concreto, D. Alberto Montenegro ha infringido la obligación prevista en el artículo 228 b), que obliga al administrador a **“guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera”**. Asimismo, D. Alberto ha incumplido su deber de abstenerse de **“hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados”** (artículo 229.1 c)), en tanto que ha utilizado información confidencial de Kvothe (la relación contractual entre Kvothe y Espumas de Marbella, S.A.) para beneficiarse de forma personal. A la vista de lo expuesto, D. Alberto, de forma contraria a lo estipulado en el artículo 227 LSC, no ha actuado con la **lealtad de un fiel representante**, no obrando de buena fe ni en el mejor interés de la sociedad. Ello faculta a Kvothe, tal y como prevé el mencionado precepto, a reclamar no solo una indemnización para resarcir el daño causado al patrimonio social, sino, asimismo, permite a la sociedad reclamar la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

2. Acción de cese frente a D. Alberto Montenegro del artículo 224.2 LSC. En este caso, D. Alberto Montenegro tiene intereses opuestos a los de la sociedad, en tanto que se haya incurrido en el **conflicto de intereses** que desarrollaremos posteriormente en este Informe. Baste adelantar en este momento que difícilmente cabe conjugar el interés de Kvothe, materializado en su intención de dar por finalizado el contrato de distribución con Denna y el interés de D. Alberto Montenegro, cristalizado en su deseo de mantener dicho vínculo contractual. En aplicación del citado precepto, cualquier socio, en este caso, el socio único de Kvothe, esto es, NewCo, deberá solicitar la acción de cese, que será aprobada por acuerdo de la Junta General de Kvothe.

Respecto de las **acciones de NewCo frente a D. Alberto Montenegro**:

1. **Acción de indemnización por daños y perjuicios por actuación dolosa en el cumplimiento de las obligaciones contractuales** (artículo 1.101 Código Civil). En efecto, D. Alberto Montenegro ha actuado con manifiesta mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con respecto de NewCo, en tanto que ha ocultado a sabiendas de sus perjudiciales consecuencias, la relación contractual existente entre Kvothe y Espumas de Marbella, S.A. Así, la indemnización pretendida pretende resarcir a NewCo por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de la actitud dolosa seguida por D. Alberto.
2. **Nulidad del contrato, al estar este afectado por vicio en el consentimiento prestado por error** (artículo 1.265 Código Civil). En el caso que nos ocupa, durante el proceso de compra de Kvothe, D. Alberto Montenegro realizó en una serie de actuaciones que han provocado que NewCo incurra en vicios del consentimiento del contrato suscrito

¹⁰ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., *Responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima*, p. 935.

entre ambas partes. En efecto, D. Alberto Montenegro ocultó con manifiesto dolo la existencia de un contrato de distribución entre Kvothe y Espumas de Marbella, S.A. Ello ha supuesto que NewCo haya contratado bajo una evidente falta de información generada por D. Alberto Montenegro, provocando en NewCo una voluntad deformada desencadenante del error. A pesar de lo expuesto, lo cierto es que se aconseja no ejercitar la acción mencionada. Y ello por un simple motivo: con esta acción se persigue la declaración de nulidad del contrato, circunstancia que no beneficia los intereses de la compradora que, de forma clara, desea el mantenimiento de la relación contractual.

3. Acción estimatoria o *actio quanti minoris* (artículo 1.486 Código Civil). No se trata esta de una acción resolutoria ya que el contrato subsiste en todos sus extremos, sino que lo que se pretende es obtener, en lo relativo al precio, **una quita, disminución o rebaja del precio en compensación por los vicios de que adolecía la cosa vendida**. En el caso que nos ocupa, el vicio radica en la falta de información no proporcionada por D. Alberto a la parte compradora, callando la relación contractual entre Kvothe y Espumas de Marbella, S.A.

Se debe advertir que, tal y como ha declarado la jurisprudencia, la acción *quanti minoris* no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la **equidad contractual** por lo que, si se ejercita esta acción, no se puede obtener más que una reducción o rebaja en el precio, no una indemnización de daños y perjuicios complementaria.¹¹ A pesar de lo dicho hasta el momento, lo cierto es que merece prevenirse al Cliente respecto de la siguiente apreciación. La acción *quanti minoris* se encuentra, a día de hoy, prescrita. En efecto, El plazo para ejercitar la presente acción es de 6 meses (plazo de caducidad), contados desde la entrega de la cosa vendida. En este caso, la compraventa se formalizó el 25 de febrero de 2020, por lo que ya habrían transcurrido 6 meses.¹²

2.2.3. Posibles acciones a interponer por D. Alberto Montenegro frente a NewCo Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc.

En este punto, resulta oportuno dar respuesta a la tercera de las cuestiones planteadas por el Cliente. Así, las **acciones de las que dispone D. Alberto Montenegro frente a NewCo, Chetae, S.L. o MarvelWeisser** como miembro del consejo de Kvothe son las siguientes:

1. Para el caso de que el acuerdo finalmente se adoptase, **acción de impugnación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración relativo a la terminación anticipada del contrato de distribución firmando con Denna**. Como miembro del Consejo de Administración de Kvothe, D. Alberto Montenegro ostenta la legitimación activa para proceder a la impugnación del acuerdo adoptado conforme al artículo 251 LSC. Así, en aplicación del párrafo segundo del citado precepto, la causa de impugnación resultaría ser la **lesión del interés social** de Kvothe en perjuicio del **socio único** de esta sociedad NewCo (artículo 201.4 LSC). En efecto, resulta probable que D. Alberto Montenegro alegue que con el acuerdo que se impugna se produce un perjuicio en la situación patrimonial de Kvothe en tanto que la conclusión anticipada del contrato de distribución suscrito con Denna supone la terminación de todos aquellos ingresos que Kvothe percibía de la venta de los productos que Denna distribuye por todo el territorio nacional.

2. Acción de incumplimiento del deber de lealtad del resto de consejeros. El artículo 227.1 LSC impone la obligación a los administradores de desempeñar el cargo con la **lealtad de un fiel representante**, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. En este caso, D. Alberto Montenegro puede alegar que los consejeros D. Tyler Barron y D. Pablo

¹¹ STS, de 21 de junio de 2007 (rec. 5020/2000).

¹² La acción habría prescrito incluso acogiéndonos al régimen previsto en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: "Suspensión de plazos procesales". Esta disposición se derogó el día 4 de junio de 2020 por lo que, a pesar de haber operado la suspensión prevista en el texto legislativo mencionado, a día de hoy, la acción *quanti minoris* se haya efectivamente prescrita.

Aguirrebengoa, nombrados por MarvelWeisser y Chetae, S.L., respectivamente, no han obrado en el mejor interés de la sociedad a la cual representan, esto es, Kvothe, sino en **beneficio e interés de las sociedades que les nombraron**, habida cuenta que con sus votos a favor del acuerdo de terminación anticipada del contrato suscrito con Denna se pretende acatar por parte de los consejeros el deseo de finalización contractual de la sociedad compradora pero, en momento alguno, actúan con la intención de conservar una relación contractual que mantendría la adecuada situación patrimonial de Kvothe

2.3. Proceso a seguir con la finalidad de ejercitar la opción de venta por parte de Chetae, S.L.

Tal y como hemos tenido oportunidad de conocer, el contrato de socios de NewCo suscrito con Chetae, S.L. contiene una **opción de venta ejercitable por Chetae, S.L.** que permite a esta última sociedad vender todas sus participaciones de NewCo a MarvelWeisser. Pues bien, debido a la atipicidad de la figura de la opción de venta, basándonos en nuestra práctica jurídica y, tras analizar en detalle diversos pactos de socios, estamos en disposición de decir que el **procedimiento** que debe llevar a cabo Chetae, S.L. para ejercitar la opción de venta es el que se expone a continuación:

1. Constatación de que el evento que permite el ejercicio de la opción de venta ha tenido efectivamente lugar, en este caso, que los resultados financieros de Kvothe en **tres años consecutivos** han sido inferiores al plan de negocio adjunto al contrato de socios celebrado entre NewCo y Chetae, S.L.
2. Verificación de que el derecho de la opción de venta se encuentra en **plazo** para su ejercicio.
3. Dentro del plazo de ejercicio del derecho de opción de venta (que ha sido previamente verificado), Chetae, S.L. deberá **notificar** al resto de partes su intención de ejercitar la opción de venta.
4. Se deberá llevar a cabo el **cálculo del precio fijado** para la opción de venta.
5. La compraventa de participaciones resultante del ejercicio de la opción de venta deberá formalizarse en **escritura pública** y ejecutarse en el tiempo señalado por las partes desde que tuvo lugar la notificación de la intención de ejercitar el derecho de opción de venta.
6. **Autorización de la Junta** de socios para llevar a término la opción de venta para el caso de que nos encontremos ante una compraventa de activos esenciales. En el caso que nos ocupa, resulta posible entender que para el caso de Chetae, S.L. la enajenación de las participaciones a otra sociedad determinaría una modificación efectiva del objeto social, por lo que cabe entender que nos hallamos ante una compraventa de activos esenciales.
7. **Certificación del Consejo de Administración de Chetae, S.L.**, autorizando que se cumplen los requisitos esenciales legales y estatutarios para transmitir participaciones.

Para el caso de que surgiese una controversia entre Chetae, S.L. y MarvelWeisser, al entender esta última que no procede el ejercicio del derecho de opción de venta, se debe advertir al Cliente que **el Derecho aplicable a dicha controversia resultaría ser el español**. Y ello por los argumentos que a continuación se exponen.

En primer lugar, **debe descartarse la aplicación del instrumento normativo referido al Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales** (Reglamento Roma I). Y ello porque el propio artículo 1.2 f) del Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material *“las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades (...)”*. En el caso que nos ocupa, un contrato de socios entre dos sociedades que incluye una opción de venta debe ser declarado necesariamente como una cuestión de derecho de sociedades y, más concretamente, como un asunto relativo al **funcionamiento interno de las sociedades**, materia que, como expone el destacado precepto del Reglamento Roma I, queda excluida de su ámbito de regulación.

Pues bien, no resultando aplicable ningún instrumento internacional, no se puede por menos que acudir a la **legislación interna española** con la finalidad de dar respuesta a la cuestión planteada. Así, el artículo 9.11 del Código Civil afirma que *“la ley personal correspondiente a las personas*

jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción". Por su lado, el artículo 10.5 del mismo cuerpo legal sostiene que *"se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato"*. A la vista de lo expuesto, dado que no es posible determinar la ley aplicable conforme a ley nacional común a las partes ni mediante la constatación de residencia habitual común (pues nos encontramos ante una sociedad de Tennessee y otra española), se debe acudir a la **ley del lugar de celebración del contrato**. Habida cuenta que ha sido en España el lugar en el cual se ha celebrado el pacto de socios, resultará ser **la ley española** la aplicable a la controversia.

2.4. Relación existente entre Marvelweisser, Inc. con Espumas de Marbella, S.A.

Refiriéndonos en este punto a las **complicaciones que podrían derivarse para Kvothe del contrato suscrito con Espumas de Marbella, S.A.**, se deben diferenciar los siguientes extremos:

En primer lugar, respecto de las acciones que puede interponer Espumas de Marbella, S.A. frente a MarvelWeisser, se debe destacar la **ausencia de relación contractual existente entre ambas sociedades**, por lo que no cabe el ejercicio de acción contractual alguna por parte de Espumas de Marbella, S.A. Así, para el futuro caso de que, al igual que ha sucedido con Denna, se produzca la terminación de la relación contractual entre Espumas de Marbella, S.A. y Kvothe, esta última únicamente devendría legitimada para interponer una acción por **responsabilidad extracontractual** frente a MarvelWeisser. Y ello en reclamación por los daños y perjuicios que pudieran derivarse del daño causado a Espumas de Marbella, S.A. como consecuencia de la terminación del contrato de distribución suscrito.

En segundo lugar, respecto del derecho de reclamación de NewCo como consecuencia de la no manifestación por parte de D. Alberto Montenegro de la existencia de una relación contractual entre Kvothe y Espumas de Marbella, S.A., se debe señalar lo ya indicado con anterioridad en este Informe. Sin ánimo de ser reiterativos, se deben exponer las acciones con la que cuenta NewCo frente a D. Alberto Montenegro, a las cuales nos remitimos:

- 1. Acción de indemnización por daños y perjuicios por actuación dolosa en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.**
- 2. NewCo tiene a su legítimo alcance, no solo la solicitud de la acción de cese de D. Alberto Montenegro sino, cumulativamente, al ser el socio único de Kvothe, la facultad de aprobar en Junta General, la acción de cese descrita.**

En tercer lugar, en relación con el derecho de reclamación de NewCo frente a Denna, se debe poner de manifiesto la **ausencia de relación contractual entre ambas sociedades**, por lo que, en su caso, procedería únicamente ejercitar acción de **responsabilidad extracontractual** por los perjuicios ocasionados a NewCo como consecuencia de la actuación llevada a cabo por Denna, consistente en la ocultación de la relación contractual existente entre Kvothe y Espumas de Marbella, S.A., al mantener en su poder dicho contrato.

Finalmente, se debe advertir de las posibles **consecuencias que implica la entrega de información a Espumas de Marbella, S.A. por parte de D. Alberto Montenegro**. Pues bien, como ya se indicó previamente en este Informe, "Apartado 2.2.2", al que nos remitimos en la explicación, D. Alberto Montenegro se enfrenta a la **exigencia de responsabilidad social** como consecuencia de la infracción de su deber de lealtad.

2.5. Implicaciones legales de la reunión del Consejo de Administración de Kvothe Beer, S.A.

Se hace necesario, en este punto, referirse a las **implicaciones legales que se derivan de la celebración del Consejo de Administración de Kvothe** el día 30 de noviembre de 2021.

Pues bien, en primer lugar, cabe destacar que **D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro**. En efecto, tal y como destaca 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. En el caso que nos ocupa, asisten a la reunión del consejo dos de los tres vocales que lo constituyen, en concreto, asisten D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa, mientras que D. Alberto Montenegro se ausenta. Continúa el artículo 248 LSC afirmando que en la sociedad anónima los acuerdos del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. Por consiguiente, habiendo quedado válidamente constituido el consejo a pesar de la ausencia del D. Alberto Montenegro, **resulta suficiente que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa voten a favor de los acuerdos para que quede cumplido el requisito de la mayoría absoluta exigido** y, en consecuencia, queden válidamente adoptados dichos acuerdos.

En segundo lugar, respecto de si D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día, se debe advertir al Cliente de lo siguiente. **D. Alberto Montenegro se encuentra en una situación de conflicto de interés respecto de Kvothe**. En efecto, se considerará que existe conflicto de interés en aquellas situaciones en las que entren en **colisión, de forma directa o indirecta, el interés de la sociedad y el interés personal del consejero**. Y ello es precisamente lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Se debe recordar que uno de los puntos del día a tratar en la reunión del consejo es la terminación anticipada del contrato de distribución suscrito con Denna. Al mismo tiempo, se debe tener igualmente presente que fue precisamente D. Alberto Montenegro, hoy consejero de Kvothe, la persona que constituyó la sociedad Denna. Resulta claro, en consecuencia, que, a la vista de lo expuesto, existe un claro conflicto de intereses, en tanto que entra en colisión directa el interés de la sociedad Kvothe con el interés personal de D. Alberto Montenegro como fundador de Denna. Y es que difícilmente cabe conjugar el interés de Kvothe, materializado en su **intención de dar por finalizado el contrato de distribución con Denna** y el interés de D. Alberto Montenegro, cristalizado en su **deseo de mantener dicho vínculo contractual**. La manifestación por parte de D. Alberto Montenegro de interponer todas las acciones legales a su alcance contra Kvothe, S.A., así como la amenaza de proceder a la contratación por parte de Kvothe de los 15 empleados contratados por Denna para el caso de que finalmente se rompa el vínculo contractual entre ambas sociedades, debe ser entendido como un caso de conflicto de intereses, en el que el interés de D. Alberto diverge de forma manifiesta con el interés social de Kvothe.

La jurisprudencia es clara en cuanto a las **consecuencias jurídicas que se derivan de las situaciones de conflicto de interés**: los administradores sociales incurso en una situación de conflicto de intereses tienen la obligación **de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a la que venga referido el conflicto** (artículo 228 c) LSC).¹³

Pues bien, a este respecto se debe prestar especial atención a que D. Alberto Montenegro se encuentra afectado por el conflicto de intereses respecto de **un único asunto del orden del día** (terminación anticipada del contrato de distribución suscrito con Denna), quedando el resto de asuntos a tratar a salvo respecto del conflicto de intereses. Ello lleva a la conclusión de que D. Alberto Montenegro, si bien se haya incurso en conflicto de intereses, **mantiene plenos derechos a comparecer en el consejo** a pesar de la situación descrita con anterioridad. Y ello puesto que aquello que prevé la situación de conflicto de intereses es el deber de abstención del consejero, así como las consecuencias jurídicas derivadas para el caso de que este no cumpla tal deber de abstención, pero en ningún caso conlleva la pérdida *per se* del derecho de comparecencia del consejero afectado, un derecho inherente a su condición y que el consejero en todo caso mantiene. Privarle del derecho de comparecencia llevaría al absurdo de negarle a D. Alberto Montenegro

¹³ SAP Madrid (Sección 28ª) 110/2017, de 3 marzo, y doctrina en esta materia: "ORIO LLEBOT, J., *La responsabilidad de los administradores*, ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2008, p. 51; MASSAGUER, J., *Comentario e la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014 (RCL 2014, 1613))*; JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *A propósito de la acción cesatoria expresamente reconocida en el artículo 232 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400), según la redacción resultante de la modificación operada por la Ley 31/2014 (RCL 2014, 613)*, ed. Aranzadi, S.A., 2015, p. 431.

participar en una reunión del consejo en la que se van a tratar otros temas del orden del día en los que tiene derecho como consejero a participar y votar, al no encontrarse afectado en dichos asuntos por conflicto.

Pues bien, tal y como sostiene la doctrina, en caso de que D. Alberto Montenegro, contraviniendo su deber legal de abstención participe y vote en el acuerdo en el cual presenta conflicto de intereses, *“el acuerdo adoptado podrá ser impugnado por la existencia de un vicio de nulidad cuando la votación del consejero afectado en la operación haya sido decisiva para su adopción. No obstante, en caso de que el voto del consejero no haya sido decisivo en la adopción del acuerdo, éste podrá ser impugnado por vicio de anulabilidad, sobre la base de la lesión del interés social en beneficio de dicho administrador”*.¹⁴ En cualquier caso, a efectos prácticos, a pesar de que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del día, el voto del consejero afectado no devendrá, en ningún caso, decisivo para la adopción del acuerdo, por lo cual, si D. Tayler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa votan a favor de dichos acuerdos, contarán con la mayoría absoluta necesaria para aprobar los acuerdos pretendidos (artículo 248 LSC).

Resta por aclarar si el consejo puede adoptar, pese a no estar en el orden del día, un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro. La respuesta ha de ser necesariamente negativa. Y es que no es el **Consejo de Administración** el órgano social que se encuentra legitimado para adoptar un acuerdo exigiendo responsabilidad a D. Alberto Montenegro. Muy al contrario, la **Junta** es la única que se erige como órgano de la sociedad facultado para adoptar un acuerdo de exigencia de responsabilidad a un consejero. En este caso, la Junta puede adoptar este acuerdo incluso aunque no conste en el orden del día. Así lo confirma, en su exposición, el artículo 238 LSC.¹⁵

Respecto de las **alternativas que tiene MarvelWeisser para emprender acciones legales contra D. Alberto Montenegro** a raíz de su actitud, se debe advertir que, en aplicación del sistema de **legitimación en cascada** previsto en el artículo 238 LSC, siempre y cuando Kvothe decidiese no emprender **acción social de responsabilidad**, MarvelWeisser, a través del socio único de Kvothe, esto es, a través de NewCo, podrá entablar acción social de responsabilidad frente a D. Alberto Montenegro. Con su comportamiento, D. Alberto ha lesionado el interés social de Kvothe. Así, MarvelWeisser, en tanto que socio de NewCo puede solicitar la acción social de responsabilidad para su aprobación por la Junta General de NewCo. De aprobarse por la Junta, NewCo como socio único de Kvothe podría ejercitar la acción social de responsabilidad frente a D. Alberto.

Asimismo, tal y como se adelantó en el presente Informe, NewCo, como socio único de Kvothe, S.A. tiene a su alcance el derecho a solicitar el ejercicio de la **acción de cese del administrador** D. Alberto Montenegro (artículo 224.2 LSC). Pues bien, en este sentido, resulta igualmente oportuno señalar que MarvelWeisser, como socio de NewCo, puede impulsar que precisamente NewCo solicite o inste la acción de cese frente a D. Alberto Montenegro.

Finalmente, MarvelWeisser, por sí misma, tiene a su alcance **acción de responsabilidad extracontractual** (artículo 1902 del Código Civil) frente a D. Alberto Montenegro por los daños y perjuicios irrogados en la esfera patrimonial MarvelWeisser como consecuencia de la conducta seguida por D. Alberto Montenegro ya detallada con anterioridad en el presente Informe.

2.6. Riesgos derivados de la operación de traspaso de los trabajadores

Conviene en este punto dar fundada respuesta a la **cuestión de índole laboral** planteada respecto de la situación actual de Kvothe, así como los riesgos que pueden derivarse de lo efectuado en su momento. Recordemos que 15 empleados de Kvothe pasaron de estar empleados por esta sociedad a estar empleados por Denna.

Lo primero que se debe precisar es que no nos encontramos ante una **sucesión de empresa** y, en consecuencia, tampoco existe riesgo de que la operación efectuada pueda calificarse como **cesión**

¹⁴ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de las sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2008, p. 435.

¹⁵ El precepto expone que *“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”*.

ilegal de trabajadores. En efecto, en este caso, tal y como recoge el artículo 43.1 del Estatuto de los trabajadores, no se puede entender de ninguna de las maneras que se haya producido la contratación de los 15 trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa. Y es que en el caso que nos ocupa nos encontramos simplemente ante una **cesión de contratos**. Se debe recordar que mediante una cesión de contrato el cedente (Kvothe) transmite al cesionario (Denna) la posición jurídica de empresario, lo que se configura una novación por cambio del empleador, y que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil.

Mediante pacto de cualquier tipo cedente y cesionario pueden acordar el cambio en la figura de empresario que origine una cesión del contrato laboral sujeta al **principio general de libertad de forma en materia contractual** (artículos 1278 del Código Civil y 51 del Código de Comercio), debiendo simplemente ajustarse a las características y necesidades del negocio jurídico concreto entre cedente y cesionario (como por ejemplo, la compraventa de empresa llevada a cabo).

El Tribunal Supremo ha venido manteniendo que la cesión contractual requiere para su validez el **consentimiento del trabajador** como demanda el artículo 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda estimarse sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas.¹⁶ De ello se deriva una clara consecuencia: **el mayor riesgo a tener en cuenta por lo realizado en su momento radica en la negativa de los trabajadores a la cesión contractual operada.** Tal y como reconoce la jurisprudencia, la negativa a la novación contractual por parte del trabajador se equipararía a la negativa a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo con derecho a la indemnización establecida en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.¹⁷ En el caso de extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento del empresario será un juez el que, en función de la gravedad del incumplimiento, extinga la relación laboral con la indemnización correspondiente al despido improcedente.

Otro de los **posibles riesgos** que se deriva de la operación realizada radica en la posibilidad que tienen los trabajadores de interponer demanda ante los Tribunales de lo Social invocando la concurrencia de lo que la doctrina jurisprudencial denomina **“grupo patológico de empresas”**. La doctrina del Tribunal Supremo establece una serie de requisitos o indicadores que, de concurrir, determinan la consideración de grupo patológico. Precisamente uno de esos indicadores es la **confusión de plantillas de trabajadores**. En consecuencia, la argumentación jurídica principal de los trabajadores afectados radicaría en la prueba de la existencia de tal **confusión de plantillas**, toda vez que las empresas se habrían beneficiado de la obtención de servicios de **forma indiferenciada** por parte de los trabajadores. Ello conllevaría la apreciación de grupo patológico a efectos laborales y la correspondiente titularidad solidaria de la responsabilidad frente a los agentes sociales, principalmente, trabajadores y Seguridad Social. Mediante la aplicación de esta figura, los trabajadores tratarían de recibir compensaciones económicas por una actuación supuestamente fraudulenta de las empresas involucradas, así como la posibilidad de elección por parte de estos en que empresa de las condenadas prefieren seguir prestando sus servicios. Sin embargo, como tendremos oportunidad de exponer en el apartado **“Recomendación legal”** de este Informe, **las pretensiones de los trabajadores no presentan visos de prosperar**, en tanto que, **ni existe grupo de empresas entre las sociedades Kvothe y Denna**, requisito vital e imprescindible para apreciar grupo patológico y, asimismo, precisamente, la operación de compraventa realizada habría coadyuvado a excluir la confusión de plantillas alegada.

[2.7. Impacto y consecuencias jurídicas derivadas de las garantías otorgadas en favor de Banksava, S.A. y Banksuisse, S.A](#)

Finalmente, como última de las cuestiones demandadas por el Cliente, se necesita comprender el impacto respecto de la afirmación de BankSuisse, S.A., al entender esta que la hipoteca operada no resulta conforme a Derecho. Pues bien, se debe advertir a MarvelWeisser que, en efecto,

¹⁶ STS, de 23 de octubre de 2001 (rec. 804/2000).

¹⁷ STSJ Islas Baleares 362/2015, de 1 de diciembre de 2015.

BankSuisse, S.A. se encuentra en lo cierto. Y ello por un simple motivo: **el otorgamiento de la hipoteca constituye un acto de asistencia financiera prohibido** por el artículo 150 LSC.¹⁸ Precisamente en el caso que nos ocupa tiene lugar la prohibición articulada en el artículo 150 LSC, habida cuenta que Kvothe pretende conceder una garantía (la hipoteca sobre un inmueble de Torrelodones de su propiedad) para la adquisición de sus propias acciones por un tercero.

Y no solo la hipoteca, sino que algunas de las **otras garantías** concedidas a favor de Banksanva, S.A. contravienen lo dispuesto en el artículo 150 LSC por configurarse como asistencia financiera. En efecto, así, **la prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe** se configura como una garantía que facilita la asistencia financiera a la sociedad compradora para la adquisición de las propias acciones de Kvothe, operación prohibida por la LSC. Sin embargo, merece ser destacado que no constituye asistencia financiera ni la prenda sobre todos los derechos de crédito de NewCo derivados de las **posibles reclamaciones y acciones del contrato de compraventa firmado con D. Alberto Montenegro ni tampoco la prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de NewCo**. Y es que, en ambos casos, no es la sociedad Kvothe la que se está prestando asistencia financiera a sí misma, sino que dicha asistencia procede de sociedades ajenas a la empresa que se pretende comprar, operación permitida por la normativa.

Volviendo a la cuestión principal a resolver, esto es, al negocio de asistencia financiera prohibido relativo a la hipoteca, se debe advertir lo siguiente: la hipoteca se constituirá una vez transcurridos 6 meses desde que se cierre la compraventa de Kvothe. Es decir, nos encontramos ante la constitución de una garantía, no antes, sino **después de haberse celebrado el negocio jurídico** en cuestión. Ante ello cabe hacerse la pregunta de si la prohibición de asistencia financiera alcanza a la constitución de una hipoteca tras haberse producido el negocio jurídico asistido. Pues bien, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. Así lo confirma la más autorizada doctrina, cuyo máximo exponente queda representado por el Profesor Alfaro Águila-Real. Pues bien, la doctrina sostiene que *“lo importante no es tanto el momento en que se produce o materializa el acto de financiación, sino más bien el momento en el que alcanza un acuerdo sobre la financiación, aunque este se lleve a cabo con posterioridad a la compra de los títulos”*.¹⁹ *“Asimismo, una interpretación finalista de la norma permite determinar que también aquella asistencia financiera ofrecida con posterioridad a la adquisición debe considerarse prohibida, sobre todo si existe nexo causal entre la asistencia y la adquisición, y estos, sociedad-asistente y tercero asistido, se hubiesen puesto de acuerdo con anterioridad a la adquisición”*.²⁰ Precisamente cabe afirmar la concurrencia de asistencia financiera en la constitución de la hipoteca ya que, tal y como se acaba de exponer, en este caso, si bien es cierto que la garantía se prestará con posterioridad al negocio asistido, ello carece de relevancia a estos efectos, configurándose como elementos determinantes, tanto el momento en el que se alcanza **el acuerdo sobre la financiación** (en el caso que nos ocupa, **de forma previa a la compraventa**) como el hecho de que efectivamente existe nexo causal entre la constitución de la hipoteca y la adquisición de la sociedad Kvothe en tanto que la misma se configura como **garantía necesaria** para llevar a término la operación.

Resta determinar la **consecuencia jurídica** que la legislación y la jurisprudencia otorga a la asistencia financiera prohibida. La doctrina y la jurisprudencia son conformes en que **la nulidad no se extiende al negocio de adquisición “asistido”**, esto es, a la compraventa, y afecta únicamente, al negocio que articula la asistencia financiera, esto es, al negocio de financiación, en nuestro caso, la constitución de la hipoteca.²¹ Y es que los negocios que articulen la asistencia financiera en su calidad de negocios *contra legem* son, de conformidad con el art. 6.3 Código Civil, **nulos de pleno**

¹⁸ Detalla el mencionado precepto que *“la sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero”*

¹⁹ BAYONA GIMÉNEZ, RICARDO., *La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias en las sociedades anónimas*, p. 412.

²⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Almacén de Derecho. Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias*.

²¹ STS, de 1 de octubre de 2018.

derecho.²² Se advierte al Cliente, en consecuencia, que no existe riesgo de que la compraventa efectuada pueda ser declarada nula, no corriendo la misma suerte la garantía relativa a la hipoteca, de la cual solo cabe confirmar su nulidad.

3. RECOMENDACIÓN LEGAL PROPUESTA

Tras haber dado oportuno análisis y respuesta a las concretas cuestiones planteadas por MarvelWeisser, nos encontramos en posición, en este momento, de exponer de manera razonada la precisa **recomendación sobre la estrategia legal a seguir** en aras de instruir al Cliente en toda advertencia indispensable para llevar a buen término el negocio jurídico ejecutado.

En primer lugar, como ya se adelantó al comienzo de este Informe, existe un alto riesgo de que la sociedad Denna ejercite una acción **de indemnización por clientela** al amparo del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, lo que supondría para la demandada hacer frente a una elevada cuantía para el caso de resultar esta finalmente condenada. Con la finalidad de evitar esta condena, se recomienda al Cliente desvirtuar los probables argumentos que utilizará Denna a la hora de fundamentar sus pretensiones. En efecto, se trata de probar la inexistencia de la concurrencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para apreciar la indemnización por clientela. De este modo, el razonamiento jurídico debe pivotar en un simple motivo: **la concesión de la indemnización por clientela no puede obedecer a criterios miméticos o de automatismo**. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente y, en especial, la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.²³ Recordemos que Denna fue autorizada, de forma exclusiva, para contratar y cerrar acuerdos en todo el territorio nacional en los términos que considerase necesario, actuación que lleva desarrollando durante más de 20 años. No hay duda de que el aprovechamiento por parte de Denna de estas extraordinarias condiciones de negocio concedidas a su favor, unido al prolongado periodo de tiempo en el que ha venido desarrollando estas operaciones, han provocado la integración de Denna en una **red comercial** que ha aproximado significativamente su posición a la del agente. En consecuencia, una adecuada aportación de prueba en juicio que logre evidenciar esta **integración significativa**, dará lugar a no concurrencia de los requisitos exigidos para otorgar la indemnización por clientela, sin que, por consiguiente, el Cliente deba desembolsar una gran cantidad de dinero que supondría, sin duda, un obstáculo a su pretendida expansión.

Otro de los obstáculos que presenta MarvelWeisser a la hora de lograr la expansión de su negocio por Europa es la posición contraria a los intereses de MarvelWeisser que D. Alberto Montenegro viene manteniendo, llegando incluso a incurrir en actos contrarios a la ley con la finalidad de imponer su criterio personal. Pues bien, como se tuvo oportunidad de desarrollar ampliamente en este Informe, D. Alberto Montenegro ha incurrido en **conflicto de intereses** al incumplir su más elemental deber de lealtad para con la sociedad a la que representa. Ante ello, NewCo, como socio único de Kvothe se encuentra legitimado en virtud del artículo 232 LSC para solicitar la aprobación por parte de la Junta General de Kvothe la denominada **acción de cese frente a D. Alberto Montenegro**. La finalidad es la obtención de una resolución judicial que provoque el cese de D. Alberto Montenegro como administrador. Con ello, el Cliente tendrá la absoluta garantía de que D. Alberto Montenegro no incurrirá en el futuro en conductas reiterativas contrarias al interés social y a los propios intereses expansionistas de MarvelWeisser. Se debe realizar una importante advertencia. Se ha pactado entre las partes la obligatoriedad de D. Alberto Montenegro de mantenerse en su puesto como consejero

²² Así, por ejemplo, la RDGRN 1-XII-2000 trató un caso idéntico al que aquí nos ocupa se trataba de una adquisición de participaciones de una sociedad cuyo precio fue garantizado por la propia sociedad con una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad y se impidió la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Naturalmente, la consecuencia de la asistencia financiera fue la nulidad de la hipoteca, no la nulidad de la adquisición de las participaciones.

²³ STS, de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 1393).

independiente hasta el 31 de diciembre de 2022. Ello provoca que, si se procede al cese de D. Alberto, este tenga derecho a la percepción de una indemnización por cese anticipado.

En páginas anteriores se determinó como riesgo importante a tener en cuenta una posible reclamación laboral planteada por los trabajadores afectados como consecuencia de la operación llevada a cabo consistente en el cambio de empleador de los mismos, en tanto que los trabajadores han pasado de estar empleados por Kvothe a estar empleados por Denna. Como dijimos, las pretensiones de los trabajadores tendentes a declarar a Kvothe y Denna como grupo patológico a efectos laborales no tendrían visos de prosperar, en tanto que, precisamente, **la operación de compraventa realizada ha coadyuvado plenamente a excluir la hipotética confusión de plantillas alegada**. En efecto, se recomienda al Cliente sustentar su defensa en los siguientes argumentos:

- Kvothe y Denna constituyen sociedades independientes. **No existe grupo de empresas entre ambas.**
- De forma previa a la realización de la operación de compraventa existía, ciertamente, confusión de plantillas entre Kvothe y Denna, habida cuenta que los trabajadores, si bien se encontraban contratados por Kvothe, realizaban tareas propias del objeto social de Denna.
- Como pacto previo a la operación de compraventa, MarvelWeisser exigió la **regularización de la existente confusión de plantillas**, lo que finalmente se consiguió, al pasar los trabajadores de estar empleados por Kvothe a pasar a estar legal y formalmente contratados por Denna.
- En consecuencia, la operación de compraventa efectuada por MarvelWeisser no ha hecho sino **dotar de la legalidad exigida a una situación previa de confusión de plantillas** que, gracias al deseo de MarvelWeisser, ha sido sustituida por el actual y adecuado respeto de los derechos de los trabajadores.

Finalmente, como consecuencia de la **nulidad de la hipoteca** relativa al inmueble sitio en Torrelozanes propiedad de Kvothe, se recomienda al Cliente que proceda a prestar otras **garantías adicionales** en sustitución de aquellas viciadas de nulidad. En efecto, la compraventa efectuada puede verse comprometida si la parte compradora no otorga las suficientes garantías al banco que ha concedido el préstamo necesario para realizar el negocio jurídico consumado. Con la finalidad de continuar contando con el respaldo bancario y, al mismo tiempo, no recaer en la prohibición de asistencia financiera, se recomienda otorgar garantías adicionales a las ya prestadas. Así, por ejemplo, MarvelWeisser o NewCo o Chetae, S.L. tienen a su alcance otorgar una hipoteca sobre un inmueble propiedad de cualquiera de las tres sociedades. En estos casos, ya no sería la sociedad vendedora la que presta una garantía para la adquisición de sus propias acciones, sino que la hipoteca precisamente recaería sobre unos inmuebles de titularidad de las compradoras, remedio asistencial financiero permitido por la norma.

Esperamos que lo anterior haya resultado de ayuda para resolver las cuestiones planteadas, así como para diseñar un plan de acción en base a la recomendación legal otorgada. En cualquier caso, si tiene algún comentario o consulta, no dude en ponerse en contacto con D. Daniel Sánchez Serrano mediante la siguiente dirección de correo electrónico: 202002955@alu.comillas.edu.

Atentamente,



Daniel Sánchez Serrano