



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

MUDE

Alumna: Pilar Becerril Andrada-Vanderwilde

Tutora: Marta Gisbert

2021/20

1.Índice

1.Índice.....	2
2.Antecedentes	3
3.Posibles acciones Denna, S.L.....	3
4.Posibles acciones contra D. Alberto Montenegro.	4
4.1 Acciones derivadas de la relación con Kvothe Beer, S.A.	4
4.2 Acciones derivadas del contrato de compraventa.	5
5.Posibles acciones de D. Alberto Montenegro en calidad de consejero.	6
6.Opción de venta.....	7
6.1 Proceso.	7
6.2 Derecho aplicable.	7
7.Contrato con Espumas Marbella, S.A.	7
7.1 Posibles acciones de Espumas Marbella, S.A.	7
7.2 Derechos de reclamación a D. Alberto Montenegro.	8
7.3 Consecuencias entrega de información a Espumas Marbella, S.A.	8
8.Reunión del consejo.	8
8.1 Adopción de acuerdos con ausencia de D. Alberto Montenegro.	8
8.2 Adopción de acuerdos con voto en contra.	9
8.3 Derecho de comparecer de D. Alberto Montenegro.	9
8.4 Acciones contra D. Alberto Montenegro.	9
9.Empleados Denna, S.L.....	10
10.Hipoteca Banksanva, S.A.....	11
11.Recomendación estrategia legal	11

2. Antecedentes

Kvothe Beer, S.A. (en adelante “**Kvothe**”) es una sociedad dedicada a la producción de cebada para la obtención de cerveza que fue adquirida por la sociedad Newco Buyer, S.L. (en adelante “**Newco**”) en febrero de 2020. Por su parte, Newco es una sociedad creada con el fin de adquirir Kvothe que cuenta con dos socios: MarvelWeisser Inc (en adelante “**MarvelWeisser**”) y Chetae S.L. (en adelante “**Chetae**”). Como consecuencia, el Consejo de Administración se compone de tres consejeros: D. Tyler Barron designado a propuesta de MarvelWeisser, D. Pablo Aguirrebengoa designado a propuesta de Chetae y D. Alberto Montenegro, antiguo propietario de la sociedad, como consejero independiente.

Según la información obtenida, nos encontramos ante una situación en la que D. Alberto Montenegro, al no estar conforme con los acuerdos propuestos para el orden del día de la reunión del Consejo de noviembre de 2021, ha informado a terceros de uno de los acuerdos, en particular, el de terminar de manera anticipada el contrato suscrito con Denna, S.L. (en adelante, “**Denna**”) por el cual Denna puede cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe. Cabe mencionar que D. Alberto es además propietario de Denna y como consecuencia ha informado a los miembros del consejo que llevará a cabo acciones legales para defender los derechos de esta.

Como consecuencia de esta filtración de información en el mercado, el Consejo ha recibido un burofax de la sociedad Espumas de Marbella, S.A. (en adelante, “**Espumas de Marbella**”) informando de que la terminación del contrato con Denna no afecta a los derechos de distribución que ostenta esta compañía actualmente y un correo electrónico del banco BankSuisse, S.A. (en adelante, “**BankSuisse**”) preguntando por la hipoteca constituida sobre el inmueble en el que se encuentra la principal factoría y embotelladora de Kvothe. Dicha hipoteca se constituyó como garantía al préstamo obtenido por Newco para la adquisición de Kvothe del banco Bankslava, S.A. (en adelante, “**Bankslava**”) y, de acuerdo con BankSuisse, no es conforme a Derecho.

A la luz de lo anterior, se plantean las cuestiones que analizamos a continuación.

3. Posibles acciones Denna, S.L.

En primer lugar, es necesario analizar el contrato suscrito entre Denna y Kvothe. Así, nos encontramos ante un contrato de agencia en el cual Denna se compromete de manera continuada a promover y concluir contratos de compraventa con terceros de los productos de Kvothe en nombre de este en todo el territorio nacional. Cabe diferenciar este contrato del contrato de distribución en el cual el distribuidor compra los bienes al empresario para posteriormente revenderlos actuando en su propio nombre y asumiendo el riesgo. En este caso, como hemos dicho, Denna no actúa en su propio nombre ni adquiere los bienes para su posterior reventa si no que se compromete a cerrar acuerdos de compraventa en nombre de Kvothe de modo que actúa como un intermediario independiente.

De acuerdo con el art. 25 de la Ley de Contrato de Agencia (“**LCA**”) los contratos de agencia de duración indefinida como en nuestro caso podrán extinguirse por la denuncia unilateral de una de las partes (Kvothe) para lo cual será necesario que la notificación se realice por escrito y que se cumpla con el plazo de preaviso de un mes por cada año de duración con un máximo de seis meses. Es importante mencionar que la ley permite que las partes pacten un plazo de preaviso mayor al dispuesto en la norma por lo que será necesario comprobar en el contrato si se ha establecido o no un plazo distinto para cumplir con los requisitos.

Con respecto a las acciones que puede interponer Denna por la finalización del contrato, podrá interponer acciones para reclamar una indemnización por clientela y una indemnización por daños y perjuicios. De acuerdo con el art. 31 de la norma, el agente contará con un plazo de prescripción de un año para interponer las acciones de reclamación de las indemnizaciones.

La indemnización por clientela se recoge en el art. 28 LCA y se podrá reclamar en caso de que Denna haya aportado clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente. Para ello será necesario que Kvothe siga obteniendo ventajas de la actividad llevada a cabo por Denna. Según la información obtenida, parece que D. Alberto Montenegro fundó Denna inmediatamente después de fundar Kvothe de forma que todos los clientes de la sociedad provienen de Denna al haber sido siempre esta quien, exclusivamente, ha cerrado los acuerdos de compraventa con terceros para la distribución de los productos de Kvothe. Como consecuencia, es muy probable que con la finalización del contrato se interponga una acción de reclamación de esta indemnización. Con respecto a la cuantía de la indemnización, la norma establece que no podrá ser superior a la media de las remuneraciones percibidas durante los últimos cinco años. Asimismo, para establecer la cuantía, se tendrán en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas si existe un pacto de no competencia.

Por su parte, la indemnización por daños y perjuicios se regula en el art. 29 LCA que establece que el agente podrá, además de la indemnización por clientela, reclamar una indemnización por daños y perjuicios siempre que la extinción anticipada del contrato no permita al agente amortizar los gastos en los que ha incurrido en cumplimiento del contrato. Por lo tanto, en caso de que Denna haya incurrido en gastos para cumplir con el contrato y dichos gastos no se hayan amortizado como consecuencia de la resolución anticipada del contrato, podrá reclamar la indemnización.

Por último, el punto seis de la disposición adicional primera de la LCA añade que el agente tendrá derecho a reclamar también el importe de las indemnizaciones de los trabajadores de los que haya tenido que prescindir por la extinción del contrato. Esto quiere decir que, en el caso de que Denna despidiera trabajadores por la extinción del contrato, Kvothe deberá pagar el importe de las indemnizaciones que recibirán los trabajadores.

Por lo tanto, la peor situación ante la que se podría encontrar Kvothe es que Denna interponga acciones de reclamación de las dos indemnizaciones, así como por el importe de las indemnizaciones de los trabajadores de los que debe prescindir por la extinción del contrato y que, como consecuencia de la interposición de acciones, se condene a Kvothe a abonar todos los importes, así como al pago de las costas procesales.

4.Posibles acciones contra D. Alberto Montenegro.

4.1 Acciones derivadas de la relación con Kvothe Beer, S.A.

De acuerdo con el art. 227 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “LSC”) los administradores de una sociedad tienen con ella un deber de lealtad que implica según el art. 228 LSC guardar en secreto la información que se obtiene por el desempeño de su cargo. En el caso en el que nos encontramos, D. Alberto Montenegro ha filtrado a terceros que uno de los puntos del orden del día de la próxima reunión del Consejo de Administración de Kvothe es la terminación anticipada del contrato con Denna. Por lo tanto, no ha cumplido con este deber de lealtad con la sociedad.

Como consecuencia de la vulneración del deber de lealtad, el art. 232 LSC establece que se podrán llevar a cabo acciones de responsabilidad, impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de actos y contratos celebrados por el administrador en violación del deber.

En primer lugar, sobre la acción de responsabilidad, el art. 236 LSC establece que los administradores cuya conducta contraria a la ley o a los estatutos cause un daño a la sociedad, los socios o los acreedores, responderán frente a estos. Por lo tanto, para llevar a cabo la acción de responsabilidad habrá que cumplir tres requisitos que enumera la STS 3433/2016 de 13 de julio que analizamos a continuación:

- Que se produzca una conducta antijurídica: este requisito se cumple ya que, tal y como hemos visto, D. Alberto Montenegro ha incumplido la ley al filtrar información confidencial de Kvothe a terceros. Asimismo, este hecho se puede probar por el burofax recibido de Espumas Marbella en el que se indica que han sido informados por el administrador.
- Que se produzca un daño: será necesario que cause un daño a quien interponga la acción (Kvothe, Newco o ambas) pruebe que se ha producido un daño.
- Que exista una relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño: por último, quien interponga la acción de responsabilidad deberá probar que el daño que ha sufrido lo ha hecho a causa de la conducta del administrador.

Como hemos visto, la acción de responsabilidad podrá interponerla tanto la sociedad como sus socios. Esto supone que podrá hacerlo Newco de manera individual si como consecuencia de la filtración se le ha producido un daño directo aun en el caso de que la sociedad no haya sido perjudicada. Por otro lado, también podrá hacerlo Kvothe si la filtración de información le ha supuesto un daño patrimonial. Cabe mencionar que, para interponer una acción social de responsabilidad, deberá ser previamente aprobado en la junta general a solicitud de cualquier socio por mayoría ordinaria. Ahora bien, en este caso debido a que solo hay un socio (Newco) únicamente será necesario su voto a favor.

Asimismo, es necesario mencionar que el plazo para interponer la acción es de 4 años desde que se pudo ejercitar.

A continuación, sobre el cese y remoción de D. Alberto como administrador de la sociedad, de acuerdo con el art. 223 LSC, se podrá hacer en cualquier momento por la junta general. Para ello se requiere una mayoría simple al ser Kvothe una sociedad anónima, sin embargo, al igual que para la acción de responsabilidad, en este caso al haber únicamente un socio, será necesario que únicamente este vote a favor para cesar a D. Alberto.

Por último, sobre las acciones de impugnación y anulación de actos, no tienen sentido en esta situación al no haber actos que puedan ser impugnados ni anulados judicialmente por tratarse de una filtración de información.

4.2 Acciones derivadas del contrato de compraventa.

Con respecto a las acciones que se pueden interponer derivadas del contrato de compraventa de Kvothe, cabe plantearse que obligaciones debía cumplir D. Alberto en relación con el contrato. Así, las obligaciones del vendedor en un contrato de compraventa son la entrega de la cosa, su conservación y garantizar la cosa vendida. En el caso en el que nos encontramos, es evidente que le entrega de Kvothe se ha producido y no parece que haya ninguna amenaza a la posesión pacífica del comprador. Por lo tanto, no existe ningún incumplimiento contractual a este respecto.

Ahora bien, también es cierto que D. Alberto Montenegro no informó de la existencia del contrato entre Kvothe y Espumas de Marbella lo cual nos lleva a preguntarnos si existía una obligación de hacerlo y por lo tanto dicha obligación ha sido incumplida. Para ello es necesario referirnos a los procesos de Due Diligence que se llevan a cabo antes de la compraventa para obtener toda la información necesaria para la negociación y la fijación del precio. Durante estos procesos, el vendedor pone a disposición del comprador todos los documentos relevantes para la adquisición de forma que este pueda conocer la situación de la empresa en todos sus aspectos. Generalmente, en el posterior contrato de compraventa se hace referencia a esta Due Diligence de forma que se pone de manifiesto que el vendedor ha informado de todo lo relevante sobre la sociedad y que, si posteriormente se descubre que hay información que no fue manifestada durante la Due Diligence, se podrán exigir responsabilidades. Como consecuencia, en caso de que efectivamente en el contrato de compraventa exista esa garantía del vendedor de haber informado de toda la información relevante a la sociedad, nos encontramos ante un incumplimiento del contrato del que se podrán exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro.

De acuerdo con el art. 1.124 del Código Civil (en adelante “CC”) se podrá exigir bien el cumplimiento del contrato (que en este caso parece imposible ya que el proceso de Due Diligence ha finalizado) o bien la resolución de este con resarcimiento de los daños causados en ambos casos.

A pesar de lo anterior, es necesario recordar que una de las garantías que se otorgó a Bankslava fue la prenda sobre todos los derechos de crédito de Newco derivados de las posibles reclamaciones y acciones del contrato de compraventa. Esto supone, tal y como aclara la STS 875/2002 de 26 de septiembre que el banco no recibe la posesión de una cosa si no el poder en que consiste el derecho de forma que podrá realizarlo y percibir directamente el crédito. Por lo tanto, en caso de que se lleven a cabo acciones y, como consecuencia, se reciba un importe por el incumplimiento, la facultad de ejecutar el pago sería del banco y sería este quien recibiría el importe descontándose este de la deuda de Kvothe.

5.Posibles acciones de D. Alberto Montenegro en calidad de consejero.

Con respecto a las acciones que puede interponer D. Alberto Montenegro en calidad de consejero, es importante decir que no podrá interponer ninguna acción contra la decisión de finalizar el contrato entre Kvothe y Denna siempre y cuando esta se adopte con las mayorías necesarias en el Consejo. Esto requiere, el voto favorable de la mayoría de los consejeros sin contar a D. Alberto que deberá abstenerse en la votación debido al conflicto de intereses en el que se encuentra por ser el dueño de Denna.

Ahora bien, en caso de que se decida finalmente destituir como consejero a D. Alberto, este podrá acudir al contrato de compraventa según el cual deberá permanecer en su cargo hasta el 31 de diciembre de 2022. Por lo tanto, podrá en virtud del art. 1.124 CC exigir que se cumpla con esta obligación u optar por resolver el contrato, en ambos casos pudiendo adicionalmente exigir una indemnización por daños.

Cabe mencionar que D. Alberto no podrá impugnar el acuerdo de la junta en virtud del art. 204 LSC ya que este no es contrario a la Ley, los estatutos o el reglamento de la sociedad ni lesiona el interés social. Por lo tanto, únicamente podrá acudir a los tribunales por incumplimiento contractual. A pesar de ello, en caso de acudir a los tribunales, la LSC en el art. 223 establece que el cese de los administradores podrá hacerse en cualquier caso por la junta general. De este modo, es muy probable que el tribunal de la razón a Kvothe de forma

que este únicamente deberá pagar la indemnización que, en su caso, se hubiese establecido en los estatutos sociales.

6.Opción de venta

6.1 Proceso.

La opción de venta es un contrato atípico en derecho español por el que una de las partes (Chetae) tiene la opción de vender a la otra (MarvelWeisser) el objeto del contrato (el 50% de las acciones de Newco). Al ser un contrato atípico, este se regulará por lo establecido en el propio contrato de forma que Chetae podrá ejercer esta opción en el caso de que los resultados de Newco durante tres años consecutivos sean inferiores al plan de negocio. Por lo tanto, si esto sucede, Chetae podrá obligar a MarvelWeisser a comprar la totalidad de sus acciones por el precio que se haya establecido en la opción.

Con respecto al procedimiento para ejercitar la acción, como hemos dicho no se encuentra regulado en derecho español de forma que habrá que acudir al régimen de transmisión voluntaria de participaciones en la LSC. De acuerdo con su art. 107, la transmisión voluntaria entre socios es libre. Por lo tanto, no existe ningún requisito ni procedimiento que deba seguirse más allá del que se haya establecido en el contrato de opción de venta.

6.2 Derecho aplicable.

En este caso, al no haber tratado entre Estados Unidos y España, debemos acudir al CC español para comprobar cuál es el derecho aplicable según este. Así, de acuerdo con el art. 10.5 CC, será aplicable la ley del lugar de celebración del contrato. Es decir, si el contrato de socios se firmó en España (como parece que ha sido el caso) la ley aplicable será la española.

7.Contrato con Espumas Marbella, S.A.

7.1 Posibles acciones de Espumas Marbella, S.A.

De acuerdo con la información que tenemos, asumimos que el contrato que otorga el derecho de distribución en exclusiva a Espumas Marbella es un contrato que cerró Denna en nombre de Kvothe en virtud de su autorización y apoderamiento para contratar con terceros acuerdos de sub-distribución. Por lo tanto, es un contrato entre Kvothe y Espumas Marbella que efectivamente no se debería ver afectado por la finalización del contrato con Denna.

Ahora bien, si además de finalizar el contrato con Denna se pretende terminar el contrato con Espumas Marbella, es necesario analizar este último contrato para averiguar las acciones que se podrían interponer. Así, nos encontramos ante un contrato de distribución por el que Espumas Marbella adquiere los productos de Kvothe para su posterior reventa en la zona de la Costa del Sol en exclusiva. Tal y como indica el Tribunal Supremo en la STS de 18 de diciembre de 1995, los contratos de distribución son contratos atípicos de forma que, al no haber regulación específica sobre ellos, será de aplicación la LCA que regula la extinción del contrato en los arts. 23 y siguientes.

De acuerdo con la norma, el contrato podrá tener una duración determinada o una duración indefinida. En caso de que el contrato tenga una duración determinada la norma establece que únicamente podrá terminarse por el fin del tiempo pactado si hay un incumplimiento por parte de Espumas Marbella o en caso de que esta se encuentre en concurso de acreedores. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el contrato tiene una duración de 10 años, si Kvothe

decide terminarlo estaría incumpliendo el contrato y Espumas Marbella podría, en virtud del art. 1.124 CC exigir su cumplimiento o finalizar el contrato, en ambos casos exigiendo una indemnización por daños.

A pesar de todo lo anterior, es necesario recalcar que Espumas Marbella solo podrá interponer acciones contra Kovthe y no podrá hacerlo contra MarvelWeisser.

7.2 Derechos de reclamación a D. Alberto Montenegro.

Como hemos visto antes, en los procesos de Due Dlligence y en el posterior contrato de compraventa se suele incluir una cláusula en la que el vendedor, en este caso, D. Alberto, garantiza que ha entregado al vendedor toda la información relevante sobre la sociedad. Por lo tanto, si posteriormente se descubre que no es cierto y que se ha ocultado información, se podrá reclamar la responsabilidad de D. Alberto por incumplimiento del contrato.

Ahora bien, el CC no contempla la obligación del vendedor de entregar toda la información de la sociedad vendida al comprador si no que únicamente exige responsabilidad en caso de que se oculten vicios que la hagan impropia para su fin o que de haberlos conocido, el comprador no la hubiese adquirido o hubiese pagado un menor precio por ella (art. 1.484 CC). Teniendo en cuenta que el hecho de que Newco y sus socios si que conocían el contrato con Denna y sus condiciones, no parece que el hecho de que existiese un contrato de distribución con Espumas Marbella hubiese supuesto la no adquisición de Kvothe o una rebaja en su precio. Asimismo, la existencia de este contrato no hace a Kvothe impropia para el fin para el que se adquirió. Por lo tanto, la única opción para reclamar a D. Alberto será hacerlo por el incumplimiento contractual en caso de que exista la cláusula anteriormente mencionada.

7.3 Consecuencias entrega de información a Espumas Marbella, S.A.

Remitiéndonos a lo dicho anteriormente, D. Alberto como miembro del Consejo de Administración tiene un deber de lealtad hacia Kvothe. El art. 228.b LSC establece que esa obligación de guardad lealtad incluye guardar en secreto la información obtenida por su cargo como consejero, como puede ser el orden del día de la reunión del Consejo de Administración en el que se votará sobre la terminación anticipada del contrato con Denna.

Por lo tanto, aunque el incumplimiento de sus deberes como consejero no tiene ninguna consecuencia directa, si que puede derivar en acciones de responsabilidad por parte de la sociedad, sus socios o terceros acreedores o en el cese de D. Alberto como miembro del Consejo de Administración.

8.Reunión del consejo.

8.1 Adopción de acuerdos con ausencia de D. Alberto Montenegro.

Con respecto a la cuestión de si los consejeros pueden adoptar decisiones a pesar de la ausencia de D. Alberto Montenegro, esto dependerá de si existe quorum suficiente para la constitución del Consejo de Administración. De acuerdo con el art. 247.2 LSC, para que quede constituida la reunión en las sociedades anónimas deberán estar presentes o representados la mayoría de los vocales. Por lo tanto, teniendo en cuenta que Kvothe es una sociedad anónima y que su Consejo de Administración está compuesto por tres consejeros, será necesario que acudan dos de ellos para constituir la reunión. Esto queda confirmado por la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado al afirmar esta que si el

Consejo de una sociedad tiene 3 miembros, quedará válidamente constituido con la asistencia de dos de ellos.

Así, siempre y cuando acudan tanto D. Tyler Barron como D. Pablo Aguirrebengoa, el consejo podrá adoptar acuerdos a pesar de la ausencia de D. Alberto.

8.2 Adopción de acuerdos con voto en contra.

La LSC en su art. 248 establece que las decisiones en el Consejo de Administración se tomarán por mayoría absoluta, no por unanimidad. Así lo confirma también la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 5 de julio de 1988 al afirmar que se considera que un acuerdo del Consejo de Administración de una sociedad anónima se considera válidamente adoptado cuando más de la mitad de los votos posibles hayan votado a favor del mismo.

Por lo tanto, aun en el caso de que D. Alberto vote en contra de los acuerdos que se pretenden adoptar, siempre que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa voten a favor, el acuerdo se habrá adoptado válidamente.

8.3 Derecho de comparecer de D. Alberto Montenegro.

No existe en derecho español ninguna previsión sobre la revocación del derecho a comparecer en las reuniones del Consejo de Administración, por lo tanto, a menos que se decida el cese de D. Alberto Montenegro en la Junta General, este seguirá teniendo el derecho a acudir a la reunión.

Ahora bien, es evidente que D. Alberto se encuentra en un conflicto de intereses ya que es el propietario de las participaciones de Denna y, por lo tanto, no quiere que se finalice el contrato con Kvothe porque esto supondría un perjuicio para Denna. En estos casos, de acuerdo con el art. 228 LSC, el consejero deberá abstenerse de participar tanto en la deliberación como en la votación del acuerdo en el que se encuentre en conflicto de intereses. El motivo por el que la norma establece esta obligación es porque el consejero debe cumplir con el deber de lealtad a la sociedad. Por lo tanto, si bien D. Alberto tiene derecho a comparecer en la reunión del Consejo y participar en las deliberaciones y votaciones de este, no podrá hacerlo en lo que respecta a la finalización debido a su obligación de cumplir con el deber de lealtad hacia Kvothe.

8.4 Acciones contra D. Alberto Montenegro.

Como hemos visto, se podrá exigir responsabilidad a D. Alberto por haber ocultado el contrato con Espumas de Marbella en caso de que se hubiese previsto en el contrato de compraventa o por incumplir el deber de lealtad hacia la sociedad si se cumplen los requisitos mencionados en la pregunta 4.1. Adicionalmente, se podrá también cesar a D. Alberto en su cargo como consejero.

Esto nos lleva a preguntarnos quien tiene la legitimidad para llevar a cabo estas acciones. En primer lugar, sobre la responsabilidad derivada del contrato, tendrá legitimidad para hacerlo el comprador de la sociedad, es decir, Newco, por ser la otra parte del contrato. Por su parte, en relación con la responsabilidad por el incumplimiento del deber de lealtad, como hemos visto, podrán exigirla tanto la sociedad como sus socios en caso de que se les haya producido un daño como consecuencia de su acto antijurídico. Por último, con respecto al cese, este es competencia de la junta por lo que para ello será necesario convocar una junta extraordinaria y que los socios decidan al respecto.

Por lo tanto, la única responsabilidad que podrá exigir a D. Alberto el Consejo de Administración será la derivada del incumplimiento de su deber de lealtad en caso de que se haya producido un daño a la sociedad. Ahora bien, esto nos lleva a preguntarnos si podrá hacerlo aun cuando esto no se encuentra recogido en el orden del día, como es el caos ante el que nos encontramos. De acuerdo con la STS 2713/2013, de 20 de mayo, la ley no establece que el orden del día sea un requisito esencial a la hora de convocar el Consejo de Administración debido a que el dinamismo de este requiere agilidad en la toma de decisiones. Por lo tanto, el Consejo puede tratar cualquier tema que se acepte por la mayoría. De esta forma, siempre que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa estén de acuerdo, se podrá adoptar el acuerdo de exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro por incumplimiento del deber de lealtad.

9. Empleados Denna, S.L.

Como hemos visto, uno de los pactos de la compraventa fue que quince de los empleados de Kvothe pasaran a estar empleados por Denna ya que se dedicaban a tareas de distribución de esta. Este traspaso de empleados se ha podido realizar de varias formas y las consecuencias de este dependerán de la forma elegida.

En primer lugar, es posible que, en virtud del acuerdo, Kvothe haya finalizado el contrato laboral de los trabajadores pagando la indemnización correspondiente por su improcedencia. Una vez finalizado ese contrato Denna ha contratado a los trabajadores en cuestión. En este caso, ya no existe ningún tipo de relación laboral entre Kvothe y los trabajadores y como consecuencia este no tiene la obligación de volver a contratarlos. Sin embargo, esta situación parece poco probable ya que implica que Kvothe haya pagado los gastos del despido improcedente.

Por otro lado, cabe también la posibilidad de que nos encontremos ante un caso de movilidad de trabajadores en el seno de un mismo grupo de empresas. Así, antes de que Kvothe pasase a ser propiedad de Newco, tanto esta como Denna estaban al 100% controladas por D. Alberto Montenegro, esto supone que, nos encontrásemos ante un grupo de empresas tal y como señala la STS de 11 de julio de 2018. En el ámbito del grupo de empresas, cuando hay movilidad de trabajadores entre ellas, la extinción de la relación laboral con la empresa originaria (Kvothe) no se romperá a menos que exista un acuerdo entre la empresa y el trabajador y la desvinculación con esta sea total. Así, para que se rompa la relación laboral entre los 15 trabajadores y Kvothe, deberán no solo desvincularse totalmente de esta, si no también acordar con la sociedad la ruptura de la sociedad. En caso de no cumplirse estos requisitos, los trabajadores continuarán siendo trabajadores de Kvothe.

Es importante recalcar que, de acuerdo con el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante “**ET**”) el hecho de que una sociedad cambie de propietario (como es nuestro caso) no supone por si mismo la extinción de las relaciones laborales con sus trabajadores. Por lo tanto, en caso de que no se hayan cumplido los requisitos mencionados anteriormente, los quince trabajadores seguirán teniendo una relación laboral con Kvothe.

Una vez hecho este análisis de las posibles formas por las que los trabajadores cambiaron de empresa, es importante mencionar que estas situaciones no varían por el hecho de que se termine o no el contrato de agencia suscrito entre Denna y Kvothe. Esto es ya que, en caso de que finalmente se compruebe que los trabajadores siguen teniendo una relación laboral con Kvothe, esta relación no habría dejado de existir desde que se produjo el cambio de empresa y, por lo tanto, no aparecería ahora por la terminación del contrato.

10.Hipototeca Banksanva, S.A.

Nos encontramos ante una hipoteca voluntaria, es decir, que se establece libremente entre las partes. De acuerdo con el art. 138 de la Ley Hipotecaria (en adelante “LH”) estas hipotecas las podrá constituir quien tenga libre disposición de los bienes, en este caso, el inmueble de Kvothe. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con la información que se nos ha proporcionado el inmueble es propiedad de Kvothe y esta ha sido adquirida por Newco, no hay ningún motivo por el que Newco no pueda hipotecar el inmueble que es de su propiedad.

Cabe plantearse si como garantía del pago de la financiación circulante de BankSuisse, ya se había establecido una hipoteca sobre el inmueble en cuestión. En ese caso, nos encontraríamos con que la hipoteca que garantiza el préstamo de Banksanva es una segunda hipoteca de forma que no podrá ejecutarla hasta que se haya completado el pago del importe garantizado por la primera hipoteca (de BankSuisse). Aun así, si este fuera el caso, la hipoteca no sería contraria a derecho ya que el derecho español permite establecer una segunda hipoteca sobre un mismo bien.

Sobre la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, la STS de 7 de noviembre de 2017 afirma que la inscripción de la hipoteca es constitutiva. Por lo tanto, hasta la hipoteca en garantía del préstamo de Banksanva se inscriba, esta no será válida. Sin embargo, por lo explicado anteriormente, no debería haber ningún problema en la inscripción.

Es necesario mencionar que este análisis lo hacemos con la información que se nos ha dado, sin embargo, convendría analizar el contrato de la hipoteca para asegurarse de que no hay ninguna cláusula que pueda ser contraria al derecho español.

11.Recomendación estrategia legal

A continuación, haré una recomendación sobre la estrategia legal a seguir de cara a las diferentes preguntas que se han planteado.

En primer lugar, sobre las posibles acciones contra D. Alberto Montenegro derivadas de su cargo como administrador. Considero que es necesario analizar si debido a su incumplimiento del deber de lealtad se ha producido algún daño a Kvothe o a Newco. En caso de haber sido así, recomiendo que se interpongan acciones para exigir su responsabilidad. Asimismo, considero que, habiendo visto el comportamiento de D. Alberto frente a la sociedad, es necesario plantearse su cese como administrador. Para ello, el socio único deberá convocar una junta y decidir sobre su cese.

Con respecto a las acciones que se pueden interponer derivadas del contrato de compraventa, como hemos visto, cualquier crédito que pueda surgir de estas acciones es una garantía del préstamo recibido para la adquisición de la sociedad. Por lo tanto, considero que no es necesario llevar a cabo estas acciones.

Sobre la relación con Espumas de Marbella, teniendo en cuenta que el contrato tiene una duración de diez años, no recomiendo que se finalice ya que supondría un incumplimiento del contrato y, en virtud del art. 1.124 CC Espumas Marbella podría exigir su cumplimiento además de una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Con respecto a los antiguos trabajadores de Kvothe que actualmente trabajan para Denna, recomiendo que se nos dé más información sobre la manera en la que se hizo este traspaso para si poder dar una respuesta más ajustada a los hechos.

Por último, sobre la hipoteca establecida en el inmueble propiedad de Kvothe, en principio no parece que exista ningún problema que vaya a impedir su inscripción, sin embargo, recomiendo la revisión del contrato para comprobar que en él no hay ninguna cláusula contraria a derecho.