



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DERECHO DE LA EMPRESA

Máster Universitario de Derecho de la Empresa 2021/2022

Tutor

Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez

Alumno

José María Fuertes Tornero



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DERECHO DE LA EMPRESA

Máster Universitario de Derecho de la Empresa 2021/2022

Tutor

Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez

Alumno

José María Fuertes Tornero

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Cuestión 1.....	3
2. Cuestión 2	4
3. Cuestión 3	5
4. Cuestión 4	6
5. Cuestión 5	8
6 Cuestión 6	9
7. Cuestión 7.....	10
8. Cuestión 8.....	11
INFORME JURÍDICO MARVELWEISSER INC.....	13

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consiste en un análisis doctrinal y jurisprudencial de las distintas circunstancias que acontecen en torno a la sociedad mercantil Kvothe Beer, S.A, fundada por D. Alberto Montenegro, y que incurre en una serie de negocios jurídico-mercantiles con distintas sociedades de carácter mercantil.

Mediante un profundo y detenido estudio de las circunstancias inherentes al caso, se tratará de dar respuesta a los distintos desafíos jurídicos que plantean las distintas relaciones existentes entre las sociedades mercantiles que figuran.

Asimismo, se tratará de dar respuesta a estos desafíos aludidos con las herramientas legales que pone a nuestra disposición la Ley de Sociedades de Capital, con aplicación supletoria del Código Civil.

Se analizarán las distintas consecuencias jurídicas derivadas de las relaciones preexistentes, así como los mecanismos contemplados en la ley para minimizar los riesgos y exigir responsabilidades a quienes haya obrado de manera negligente en relación con el fin social de la entidad mercantil.

Por último, se aporta un informe jurídico que contienen las diversas estrategias que creemos que sería conveniente que Marvelweisser, Inc aplicara para una evolución y desarrollo exitoso de las perspectivas societarias.

1. Cuestión 1

El contrato de distribución en exclusiva es un tipo de contrato atípico, bilateral, consensual, oneroso y de tracto sucesivo, en virtud del cual un empresario (el concesionario o distribuidor) se compromete, a cambio de una contrapartida, a promover en nombre y por cuenta propia, la reventa de los productos de otro empresario (el fabricante o concedente) en un territorio determinado, integrándose el primero en la red distributiva del segundo. En el caso que nos ocupa, Denna, S.L es el distribuidor mientras que Kvothe Beer, S.A es el fabricante o concedente. Como hemos dicho con anterioridad, se trata de un contrato atípico que carece de regulación (y que en algunos aspectos tiene aplicación, en extensión, de lo dispuesto para el contrato de agencia, regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia y quedando afectado, igualmente, por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Asimismo, recoge este concepto la jurisprudencia, concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 755/2000 del 12 de julio del 2000.

Con respecto a la posición de Denna, S.L, como expondremos más adelante, respecto de la resolución del contrato no podrá alegar nada, puesto que este será conforme a derecho ya que, en principio, un contrato de distribución en exclusiva puede resolverse sin causa justificada (salvo que no hubiera existido preaviso de la resolución contractual, o hubiese habido mala fe). En relación con este último término, acudimos, en esta ocasión, a la Ley de Competencia Desleal, señalando el artículo 16.2 y 3, apartado a), respecto de la discriminación y la dependencia económica. Así, señala el artículo 16.2 LCD: *“Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”*. Como reza el supuesto de hecho, Denna, S.L fue creada por D. Alberto Montenegro para la distribución en exclusiva de los productos de Kvothe Beer, S.A, por lo que existe una clara situación de dependencia en este supuesto. Por otra parte, señala el artículo 16.3, apartado a): *“Se reputa 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(...)”*. Por tanto, la ruptura de la relación comercial de forma sorpresiva da lugar a un ejercicio abusivo de derecho, por lo que **Denna, S.L podría interponer una demanda en materia de competencia desleal frente a Kvothe Beer, S.A.**

Respecto de las defensas de las que dispone Kvothe Beer, S.A, resulta preciso señalar que, debido a que el contrato es de duración indefinida, la mercantil puede resolver este contrato terminando unilateralmente este contrato siempre que cumpla el plazo de preaviso que hubiese sido pactado. En el caso en el que este pacto no existiese, habría que acudir al uso del comercio (artículos 2 y 50 del Código de Comercio) y, en su defecto, al artículo 302 CCom que señala el plazo de un mes. En última instancia, se podría acudir al artículo 1258 del Código Civil en relación con la buena fe contractual. Puesto que no existe ninguna estipulación legal que determine la improcedencia de Kvothe Beer, S.A en la resolución del contrato, este podría hacerse valer de esta falta de regulación para defender su postura, siendo así que está legitimado para resolver unilateralmente el contrato de distribución en exclusiva con Denna, S.L puesto que, presuntamente, entendemos, ha llevado a cabo de manera diligente la notificación a la mercantil de la decisión de suprimir la relación contractual próximamente. De esta manera Kvothe Beer, S.A puede ejercer libremente su derecho de dar por finalizada su relación contractual con Denna, S.L. No obstante, en el caso en el cual la finalización del contrato no se produzca con el preaviso conveniente, Kvothe Beer, S.A deberá indemnizar los daños y perjuicios producidos a Denna, S.L.

El peor escenario posible para Kvothe Beer, S.A sería afrontar una demanda interpuesta por Denna, S.L y tener que pagar una indemnización.

2. Cuestión 2

A la hora de llevar a cabo un análisis de las acciones que podrían interponer Kvothe Beer, S.A y NewCoBuyer, S.L contra D.Alberto, resulta preciso, en primer lugar, conocer cuáles son las actuaciones llevadas a cabo por éste último para merecer la interposición de dichas acciones por las entidades mercantiles.

- Respecto de la relación de D. Alberto Montenegro con Kvothe Beer, S.A

Recordemos que D. Alberto forma parte del Consejo de Administración de Kvothe Beer, S.A, como consejero independiente. Por ello, este cargo lleva aparejado una serie de responsabilidades que el administrador ha de cumplir. Tras el análisis exhaustivo del caso, observamos que concurren dos situaciones que permitirían la toma de acciones por parte de las sociedades mercantiles antes mencionadas.

i) La comunicación por parte de D. Alberto a Espumas Marbella, S.A de que se va a resolver el contrato de distribución en exclusiva con Denna, S.L. En este sentido, tal y como veremos de manera más detallada y profunda, y dado que D. Alberto proporciona una información obtenida como consecuencia de su desempeño de su cargo de administrador de Kvothe Beer, S.A a un tercero, se produce una vulneración del deber de secreto de los administradores para con la sociedad. Por ello, Kvothe Beer, S.A podría interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios, sin perjuicio de que podría ejercer los mecanismos contenidos en los artículos 236 y siguientes LSC que hilamos con la siguiente actuación y que provocan un perjuicio económico para Kvothe Beer, S.L.

ii) La actuación de D.Alberto, referente al envío del burofax al Consejo de Administración de Kvothe Beer, S.A (del cual forma parte) en el que amenaza con emprender acciones legales relativas al contrato suscrito con Denna, S.L. En este punto, resulta conveniente hablar de los artículos 227 y 229 LSC. Señala el apartado primero del artículo 227 LSC: *“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, **obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad**”*. El artículo 229 LSC, apartado f), señala respecto a la obligación del administrador de abstenerse: f) *“**Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad**”*. Tal y como vemos y como se desprende del supuesto de hecho, D.Alberto en un principio, cuando es socio crea la sociedad Denna, S.L de la que es socio en la actualidad. Con posterioridad, vende la mercantil Kvothe Beer, S.A, pasando a formar parte del Consejo de Administración de esta última, siendo aún, y en la actualidad, socio fundador de Denna, S.L con la que Kvothe Beer, S.A mantiene una relación jurídica contractual (contrato de distribución en exclusiva). Por tanto, es evidente que la reacción de D.Alberto no es fruto de la casualidad. Existe, por tanto, un conflicto de interés entre D.Alberto y Kvothe Beer, S.A, que el primero no pone en conocimiento del resto de consejeros, y que trata de eludir, yendo en contra del interés societario y vulnerando el deber de diligencia inherente en todo administrador. Es por esto por lo que, tanto Kvothe Beer, S.A como NewCo Buyer, S.L tienen una serie de acciones ejercitables:

- La acción social de responsabilidad contra el administrador ejercida por Kvothe Beer, S.A. Está recogida en el artículo 238 LSC, siendo así que se entablará por la sociedad, ya que se trata de perjuicios que se le producen a ella. El artículo 236 LSC es más explícito en cuanto a los requisitos, señalando: *“Los administradores responderán 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". Señalamos, llegados a este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2018: "No cabe duda que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad. Acción que en el presente caso y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (entre otras, STS 281/2017, de 10 de mayo) cumple con los requisitos exigidos para su aplicación, esto es, i) La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores. ii) Que el mismo sea imputable al órgano administrativo en cuanto tal. iii) Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal. iv) Que la sociedad sufra un daño. v) Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño". Es evidente que D. Alberto cumple todos estos requisitos exigidos por la jurisprudencia. Lleva a cabo la vulneración del deber de lealtad para la defensa de los intereses de la sociedad de la que es socio, y, por tanto, contra la propia sociedad de la que es administrador a conciencia, existiendo, por tanto, dolo y produciendo un perjuicio que podría derivarse de pérdidas económicas fruto del conflicto con Denna, S.L.

- La acción individual de responsabilidad contra el administrador ejercida por NewcoBuyer, S.L, como socio. Se puede ejercitar cuando se produce un perjuicio claro a los socios o acreedores. La Sentencia del Tribunal Supremo 87/2019 de 13 de febrero de 2019 y la Sentencia del Tribunal Supremo 809/2021, de 24 de noviembre de 2021 señalan los requisitos para la aplicación de esta acción: "i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) que el daño que se infiere debe ser directo al tercero (...), sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero". Se produce un daño directo a la sociedad NewcoBuyer, S.L, socia de Kvothe Beer, S.L, por lo que tiene derecho a ejercer dicha acción.

- Respecto del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.L en el que tuvo parte D. Alberto

Respecto de este punto conviene recalcar el deber de información del vendedor en la realización de una Due Diligence, y que veremos con mayor profundidad más adelante, que podría llevar una reclamación de indemnización por incumplimiento del contrato mediante la interposición de una demanda por incumplimiento del contrato interpuesta por Kvothe Beer, S.L.

3. Cuestión 3

La posición de D. Alberto Montenegro en esta situación es realmente complicada. Tal y como hemos visto sus actuaciones han perjudicado notablemente los intereses de Kvothe Beer, S.L. No obstante, nos preguntamos si existe algún tipo de acción que pudiera llevar a cabo frente a las sociedades NewCo Buyer, S.L, Chetae, S.L y Marvelweisser Inc. Pese a la difícil situación en la que, a nuestro juicio, D. Alberto se encuentra, creemos que podría interponer dos acciones:

- Acción de impugnación de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de Kvothe Beer, S.L relativos a la orden del día de la convocatoria del día 30 de noviembre de 2021.

En el supuesto en el que se celebre la reunión del Consejo de Administración y se apruebe por $\frac{2}{3}$ los acuerdos que figuran en el orden del día y de los cuales D. Alberto discrepa, este podría impugnar dichos acuerdos en virtud del artículo 251 LSC en el plazo de 30 días desde que dichos acuerdos se adoptaran. Tal y como establece la ley, a las causas de impugnación de los acuerdos del Consejo resultan de aplicación lo establecido en el artículo 204.1 LSC para la junta general, que dice así: *“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de tercero”*. En virtud de lo expuesto, entendemos que D. Alberto únicamente podría ejercitar esta acción de impugnación de los acuerdos alegando que se está lesionando el interés social de Kvothe Beer, S.L, de manera que el resto de consejeros (tanto D.Tyler Barron como Pablo Aguirrebengoa) están obrando no en interés de la sociedad en la que ejercen las funciones inherentes al cargo de administrador, sino en interés de aquellas que les han nombrado (Chetae, S.L y Marvelweisser Inc). Es evidente que dichos acuerdos no van en contra de la ley ni de los estatutos, por lo que creemos que la causa que alegaría D. Alberto es la anteriormente señalada, puesto que en el orden del día se tratan asuntos como el análisis de la posibilidad de fusionar NewCo Buyer, S.L y Kvothe Beer, S.A cuando es algo que depende de Marvelweisser Inc y Chetae, S.L en virtud del pacto suscrito en el momento de la compraventa de la empresa de cerveza. Asimismo, podría entender que la finalización anticipada del contrato de distribución con Denna, S.L va en contra de los intereses de la sociedad mercantil, razón por la cual, de igual manera, podría ejercitar la acción de impugnación aludida en base a este argumento.

- Reclamar una indemnización en relación a la vulneración del deber de lealtad por parte de los Consejeros D. Tyler Barron y D.Pablo Aguirrebengoa

En relación con lo anteriormente expuesto, cabe también la posibilidad de que D. Alberto alegue una vulneración del deber de diligencia que ha de tener todo administrador de una sociedad mercantil, derivado de la posibilidad de que los dos consejeros no miraran por los intereses de la sociedad para la que sirven. Tal y como veremos más adelante, de la vulneración del artículo 227.1 LSC relativo al deber de lealtad: *“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*. por parte de los dos consejeros restantes se deriva la posibilidad prevista en el artículo 227.2 LSC: *“La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”*. Por tanto, y al margen de la acción de impugnación anteriormente aludida que también sería de aplicación a este caso, D.Pablo también podría reclamar una indemnización para la sociedad por la actuación de estos dos consejeros.

4. Cuestión 4

Tal y como se desprende del supuesto de hecho, se suscribió un contrato de socios mediante el cual se disponía de una opción de venta ejercitable por Chetae, S.L mediante el cual esta sociedad puede vender todas las participaciones de NewCo Buyer, S.L a MarvelWeisser Inc si Kvothe Beer, S.A arrojaba unos resultados inferiores durante tres años consecutivos al plan de negocio estipulado. Hablamos, por tanto, de la existencia de un pacto parasocial entre los distintos socios de NewCo Buyer, S.L. En primer lugar, respecto de los pactos parasociales, resulta conveniente desarrollar su concepto. Así, si la doctrina los define como: *“convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen”*, tal y como señala Paz-Ares en *“El enforcement de los pactos parasociales”*. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 128/2009 y la Sentencia del Tribunal Supremo 138/2009, ambas de 6 de marzo, definen los pactos parasociales de la siguiente manera: *“los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre*

ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y en los estatutos”. Una vez analizado el concepto, resulta preciso, para la posterior resolución de las cuestiones inherentes al caso, hablar de la naturaleza de estos pactos. Así las cosas, esta clase de pactos no están regulados en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que son considerados contratos atípicos. Su encuadre jurídico se encuentra en el artículo 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. No obstante, encontramos también referencias (Artículos 28 y 29 LSC). Respecto de la validez y eficacia de estos contratos, debemos mencionar que se encuentran respaldados por los artículos 1255 CC y 28 y 29 LSC aludidos, junto con el artículo 6 CC, siendo así que la doctrina no discute la validez de este tipo de pactos. El Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 138 de 6 de marzo de 2009, señala que “son válidos siempre y cuando no superen los límites impuestos por la autonomía de la voluntad”, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2012, que dice: “los pactos parasociales (...) no están constreñidos por los límites que los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, de ahí su utilidad, sino a los límites previstos en el artículo 1255 CC”. Como se observa, el propio Tribunal Supremo otorga una mayor importancia y prevalencia al Código Civil que a la Ley de Sociedades de Capital, atribuyendo su eficacia a lo dispuesto en el artículo 1257 CC.

Esto último resulta clave para resolver la cuestión acerca de qué derecho sería aplicable a la controversia. Acudimos, en este punto, al Código Civil, por una parte, y, por otra, al Reglamento 593/2008, de 17 de junio sobre la Ley aplicable a las relaciones contractuales (de ahora y en adelante, Roma I). Se aplicaría lo dispuesto en el artículo 10.5 CC siempre y cuando no fuera de aplicación el Reglamento aludido. En este sentido, acudimos al artículo 1 Roma I, respecto del ámbito de aplicación material, señalando en su apartado primero que será de aplicación a obligaciones de materia mercantil y civil, condición que se cumple, y señalando, en su apartado segundo f), las exclusiones de este ámbito de aplicación: “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, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas”. Dado que el contrato parasocial se crea en el seno de una relación mercantil cabría preguntarse si ello implica, por tanto, la exclusión de la aplicación de este reglamento. No obstante, tal y como hemos visto con anterioridad, el pacto parasocial tiene una naturaleza eminentemente civil (1255 CC), no mercantil, de rango societario, por lo que creemos que no se cumple la premisa exigida para su exclusión y por tanto, es de aplicación este reglamento. En relación a la ley concreta aplicable, acudimos al artículo 4.2 Roma I: “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”. Respecto de la prestación característica, debemos recordar que este tipo de contrato, al ser atípico, contiene varias de estas. Por ello, acudimos al artículo 4.4 Roma I que señala: “Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”. Puesto que NewcoBuyer, S.L es una sociedad que tiene el domicilio social en España, **la ley aplicable en caso de conflicto es la Ley española.**

Respecto a qué proceso debería llevar a cabo Chetae, S.L para ejercitar la opción de venta, en primer lugar, debemos reseñar que ésta se trata de una cláusula que implica un precontrato. La Sentencia del Tribunal Supremo 751/1998, de 24 de julio de 1998 establece que la esencia de este precontrato es constituir un contrato mediante el cual las partes se obligan a celebrar, con posterioridad, un nuevo contrato en el que las partes, de momento, no pueden celebrar, por lo que uno "queda obligado a obligarse" Si bien es cierto que existen

diversas fuentes doctrinales, la tesis moderna determina que el precontrato es aquel contrato en el cual una o ambas partes tienen la facultad de exigir su ejecución en un momento posterior a su entrada en vigor y, mientras no está en vigor, no hay obligación alguna. Por tanto, una vez que se cumpliera lo establecido en el precontrato (que los resultados financieros de Kvothe Beer, S.A. en tres años consecutivos fueran inferiores al plan de negocio), Chetae, S.L. podría solicitar el cumplimiento del contrato (declaración de voluntad), que entraría en vigor en este preciso instante y que obligaría a MarvelWeisser Inc a cumplir con su parte. En el supuesto en el que este último no accediera a ello, se tendría que acudir a los tribunales en los términos antes puestos, siendo así que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 708 LEC, resultaría preceptiva una emisión de declaración de voluntad ante el juzgado a partir del cual el contrato existiría.

5. Cuestión 5

A la hora de ver las posibles acciones de las cuales dispondría Espumas Marbella, S.A. resulta necesario, en primer lugar, analizar cuál es la relación jurídica existente en el entramado societario. Así, tal y como se desprende del supuesto de hecho, Espumas Marbella, S.A. posee un derecho de distribución en exclusiva en la zona de la Costa del Sol, siendo así que se encuentra en una relación de subcontratación con Denna, S.L., actuando en favor de Kvothe Beer, S.A. Asimismo, Kvothe Beer, S.A. está participada por NewCo Buyer, S.L., que a su vez pertenece a Chetae, S.L. y MarvelWeisser Inc. Por lo tanto, observamos que MarvelWeisser Inc no posee ningún tipo de relación contractual con razón del contrato de distribución en exclusiva con Marbella, S.A., por lo que ésta última no puede llevar a cabo ningún tipo de acción contra la mercantil dado que carece de legitimación activa para ir contra ésta.

Durante el proceso de compra de Kvothe Beer, S.A., (del cual D. Alberto era el socio fundador, tenedor del 100% de las acciones, y, por tanto, vendedor), y NewCo Buyer, S.L. (sociedad creada por Chetae, S.L. y MarvelWeisser Inc para efectuar dicha compra) se llevó a cabo un proceso de revisión legal, llamado Due Diligence. En palabras de Wiener, la Due Diligence *“es una súper auditoría orientada a futuro que permite minimizar el riesgo y maximizar el valor de una operación de M&A”*. Por tanto, se trata de un sistema por el cual el adquirente tiene derecho a investigar de la situación de la empresa que va a adquirir mediante la búsqueda de información relativa a esta. De esta manera, se evalúan todos los riesgos de la sociedad, se analizan todas las contingencias tributarias, obligaciones laborales y demás aspectos de la sociedad y su situación económico-financiera con el objetivo de tener la información necesaria para decidir si finalmente compra o no. En este punto, debemos hacer referencia a la existencia de la obligación del vendedor de informar correctamente en la Due Diligence. Tal y como comenta Hallet Charro en *“Due Diligence”*, dicha obligación de informar deriva del principio de protección de la confianza y de la buena fe, elementos que vienen reforzados por la jurisprudencia, concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 de junio del 2000. Respecto de la obligación de proporcionar información por parte del vendedor, existen dos supuestos de incumplimiento: i) Aquel supuesto en el que, como consecuencia de la falta de información, el adquirente decide no seguir adelante con la operación y ii) aquel supuesto en el que se cierra la operación de compraventa pero, una vez que esta se ha cerrado, se descubre información que no se conocía en el momento. Este supuesto último es el que nos ocupa, puesto que, durante el proceso de due diligence no se informó al comprador (NewCo Buyer, S.L.) de la existencia de un contrato de distribución entre Kvothe Beer, S.L. y Espumas de Marbella, S.A. Ante este tipo de supuestos, como el que nos ocupa, existen varias consecuencias. Tal y como señala Robles Latorre en *“La práctica de la due diligence en la compraventa de empresas”*, cabría alguna de las siguientes acciones: i) Supuesto de vicios ocultos, ii) acción resolutoria por incumplimiento contractual o iii) petición de nulidad del contrato por estar viciado el consentimiento del comprador. No obstante, la dificultad para pedir este tipo de responsabilidades viene de tener que probar la falta de buena fe del vendedor, es por ello por lo que, en este tipo de supuestos, la

indemnización es la consecuencia más común. Por otra parte, y respecto contra quién se produciría dicha reclamación, debemos mencionar que, a pesar de que Denna, S.L pudiera poseer el contrato, la obligación de informar de las relaciones contractuales vigentes es del vendedor, es decir, D. Alberto. Por todo lo expuesto, **el derecho de reclamación de NewCo Buyer, S.L consistiría en una reclamación de indemnización por incumplimiento de contrato contra D. Alberto Montenegro.**

D. Alberto Montenegro forma parte del Consejo de Administración de Kvothe Beer, S.A, por lo que, en el cumplimiento de sus funciones en el ejercicio de su cargo, debe, también, llevar a cabo unos deberes inherentes a este. El artículo 228, apartado b), de la LSC señala lo siguiente respecto al deber de secreto, incluido en el deber de lealtad: “(...) **el deber de lealtad 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(...)**”. Deben concurrir tres requisitos fundamentales: La información debe de ser confidencial, el conocimiento de esta información debe haberse conseguido “como consecuencia del ejercicio del cargo y, por último, la divulgación puede producir consecuencias perjudiciales para el interés social. Igualmente, acudimos a la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 662/2011 (Sala de los Civil, Sección 1ª), Rec 1065/2007, 04-10-2011, determina que para que, para que se vulnere este derecho, resulta preciso: i) Que la información se comunique a terceros y ii) que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado. En este sentido, D.Alberto Montenegro conoció de las intenciones de Kvothe Beer, S.A debido a la convocatoria de la reunión del Consejo para el día 30 de noviembre, en la que, en el orden del día, figuraba la terminación anticipada del contrato de distribución con Denna, S.L. Con motivo de esta convocatoria, D.Alberto, con posterioridad, le trasladó la información a Espumas de Marbella, S.A. Por lo tanto, es evidente que D. Alberto trasladó a un tercero información confidencial, a la que ha tenido acceso por razón del desempeño de su cargo como administrador de Kvothe Beer, S.A. Por ello, es claro que se ha vulnerado el deber de secreto inherente en su cargo como administrador de la mercantil, vulnerando por tanto, el deber de lealtad que contempla el artículo 227 LSC, que lleva aparejado una serie de responsabilidades para los administradores sociales: Por un lado, deberá indemnizar el daño causado al patrimonio social y, por el otro, devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que D.Alberto pudiera haber obtenido como consecuencia de la vulneración de este deber de secreto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 232 y 236 y siguientes LSC.

6. Cuestión 6

El órgano de administración de Kvothe Beer, S.A está compuesto por un Consejo de Administración de tres personas, que es el mínimo exigido por la Ley de Sociedades de Capital para constituir Consejo como modelo de administración (artículo 242 LSC). Para conocer si se podría adoptar acuerdos cuando un consejero está ausente, debemos acudir a la LSC y aclarar, en primer lugar, si hay algún impedimento para la constitución del Consejo y, posteriormente, si se podría acordar cuando falta un consejero. Así las cosas, en virtud del artículo 247.2 LSC señala que, para la válida constitución del consejo, es necesaria la presencia de, como mínimo, la mayoría de sus miembros (quórum que puede reforzarse estatutariamente, pero nunca aminorarse). Puesto que son $\frac{2}{3}$ de los miembros los que asisten, el Consejo de Administración quedará válidamente constituido y no existirá ningún tipo de bloqueo producido por la ausencia de D. Alberto. Asimismo, y respecto a la adopción de acuerdos con la ausencia de éste, el artículo 248 LSC señala que los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta (mitad más uno de los votos) de los concurrentes en la sesión. Este precepto legal, junto con la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2019), la renuncia de uno de los tres miembros del Consejo de Administración no impide la válida constitución por la concurrencia de los dos restantes, que deberán decidir por unanimidad. En el supuesto en el que D.Alberto comparezca y vote en contra de los

puntos del orden del día, volvemos a acudir al artículo 248 LSC, que exige una mayoría absoluta de los concurrentes en la sesión para la válida adopción de acuerdo. Por tanto, D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos ya que sus votos suman un total de 66% de los votos frente al 33% de D. Alberto, cumpliendo, de esta manera, el requisito exigido por la Ley.

Respecto al orden del día del Consejo de Administración de una sociedad se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil) nº320/2013, de 20 de mayo de 2013 que señala que la validez de la convocatoria no queda supeditada a la inclusión de los asuntos que forman el orden del día, por lo que pueden ser tratados todos los asuntos que el consejo considere oportunos (salvo que los estatutos lo impongan como requisito ineludible de validez). Por tanto, el hecho de que figure o no dicha proposición en el orden del día es, cuanto menos, irrelevante. No obstante, es posible que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa adopten un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto en calidad de Consejero, en virtud de lo dispuesto en 251.1 LSC: *“Los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción”*.

7. Cuestión 7

Respecto de la cesión de trabajadores llevada a cabo por Kvothe Beer, S.A mediante pacto en el contrato de compraventa, S.L, en primer lugar es preciso comprobar si existe o no una cesión ilegal de trabajadores. En este sentido, acudimos 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 (de ahora y en adelante, ET), que señala en su artículo 43.2: *“En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*. Como vemos, no se da este supuesto, por lo que la cesión si se puede llevar a cabo. Ahora bien, llegados a este punto, conviene señalar cuál sería el cauce habitual para formalizar este traspaso. En primer lugar, se pondría fin a la relación contractual con Kvothe Beer, S.A de los 15 trabajadores, formalizándose nuevos contratos con Denna, S.L para lo cual se respetaría los derechos de los trabajadores a efectos de antigüedad, tal y como reconoce, de otra manera, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque no esté esta antigüedad reconocida en el Estatuto de los Trabajadores. En este punto conviene hablar de la figura de grupo de empresas patológico. Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico carece de una definición concreta y desarrollada de este término, encontramos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado el término y las condiciones inherente a él. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 define este término como el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria, caracterizado por dos elementos: i) La independencia jurídica de sus miembros patrimonial y organizativamente y ii) la dirección económica unitaria. No obstante, para la consideración de nuestro supuesto como un caso en el que existe grupo de empresas patológicas, la Sala de lo Social ha determinado los siguientes criterios: i) Confusión de plantillas o funcionamiento unitario, que implica una prestación de servicios indistinta para dos o más empresas del grupo, que puede indicar la existencia de una única relación de trabajo, ii) Confusión patrimonial, siendo esta el uso del patrimonio social de forma indistinta o utilización de infraestructura o medios comunes, iii) unidad de caja, iv) utilización fraudulenta de la personalidad y v) uso abusivo de la dirección unitaria.

Es evidente, por tanto, que si se determinara que son un grupo de trabajadores que prestan servicios para un grupo de empresas patológico, se podría extender la responsabilidad laboral de Denna, S.L a Kvothe S.A, teniendo así una responsabilidad laboral solidaria, y suponiendo un riesgo para Kvothe Beer, S.A. No obstante, para ello, como decimos, es de imperiosa necesidad el encuadre de esta relación jurídica como grupo de empresas patológico, en virtud de lo establecido igualmente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2019. En el presente caso, hay ciertos requisitos que no se cumplen, por lo que podría entenderse que no se da estas circunstancias. No obstante, los trabajadores de Denna, S.L podría alegar que existe una efectiva confusión de plantillas, dado que los 15 trabajadores prestan servicios de carácter idéntico para ambas empresas. A pesar de lo mencionado con anterioridad, creemos que el riesgo de que la responsabilidad se extendiera por la calificación de grupo de empresas patológicos a Kvothe Beer, S.A es realmente baja. No obstante, y en el caso de que finalmente esto ocurriera, los 15 trabajadores podrían optar entre recibir una indemnización o la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, bien sea en Denna, S.L o en Kvothe Beer, S.A en virtud del artículo 56 ET.

8. Cuestión 8

Respecto de la hipoteca del inmueble sito en Torredolones, resulta conveniente recalcar que, tal y como reza el supuesto de hecho, no se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad. Acudimos al artículo 1875 CC que señala expresamente lo siguiente respecto de la hipoteca: *“Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”* y al artículo 145 de la Ley Hipotecaria que señala: *“Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1. Que se hayan constituido en escritura pública. 2. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad”*. De igual manera, el artículo 159 de la Ley Hipotecaria señala: *“Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan”*. A esto, hemos de añadir lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia. De esta manera, la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 20 de marzo de 1968 señala: *“la hipoteca existe solamente desde la fecha de su inscripción, y su eficacia no puede retrotraerse a la del otorgamiento de la escritura”*. También el Tribunal Supremo se ha pronunciado a tal efecto. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1973 y de 13 de julio de 1984 se pronuncia estableciendo que el hecho de que la inscripción sea constitutiva en la hipoteca implica que ésta no nace como derecho real hasta que se registra. Por todo lo expuesto con anterioridad, llegamos a la conclusión de, que, sin esa inscripción, el derecho de hipoteca no existe ni entre las partes ni para los terceros.

No obstante, y en relación no solo con la hipoteca, sino del resto de garantías aportadas para el negocio de la compraventa del Kvothe Beer, S.A, resulta precisa la necesidad comprobar si cabe la posibilidad de que estas garantías incurran en una situación de asistencia financiera. La asistencia financiera viene regulada en el artículo 150.1 LSC, que señala: *“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”*. En este sentido, comprobamos ciertas garantías que siguen:

1. Una prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe Beer, S.A
2. Una hipoteca a constituir una vez transcurridos los 6 meses de haber cerrado la compraventa de Kvothe Beer, S.A y que recaería sobre el inmueble de Kvothe Beer, S.A, sito en Torredolones y en el que se encuentra la principal factoría embotelladora de Kvothe Beer, S.A.

Si bien la hipoteca no esta inscrita en el registro de la propiedad, por lo que al no tener efectos constitutivos no supone garantía alguna, existe una prenda sobre todas las participaciones de Kvothe Beer, S.A, por lo que existe riesgo de que esto pudiera ser considerado asistencia financiera. La consecuencia inmediata de que esto ocurriera así sería la nulidad de pleno derecho de la operación financiera concreta, aunque cabría preguntarse si esto conllevaría la ineficacia del negocio adquisitivo. No obstante, la nulidad del negocio jurídico, además del financiero como consecuencia de la prohibición de asistencia financiera es un supuesto discutido por las diversas fuentes doctrinales, si bien, a juicio de gran parte de la doctrina especializada, la intencionalidad de las partes se revela como elemento trascendental para que se de la nulidad del negocio por ilicitud causal. Precisamente, esa intención o causa concreta no aparece (o no suele aparecer) en los supuestos de asistencia financiera.

Sin embargo, si volvemos a referirnos al artículo 150 LSC podemos comprobar que el precepto legal habla de que "*La sociedad anónima*", haciendo referencia, con esto, a la propia empresa sujeto. Como se desprende del supuesto de hecho, es Newco Buyer, S.L, dueña de Kvothe Buyer, S.L, la que otorga dichas garantías

En última instancia, resulta preciso señalar, no obstante, que la hipoteca aún no se ha constituido pero que existe acuerdo para que esta se constituya en el plazo de 6 meses, aún no vencidos. Por tanto, es muy probable que en un futuro cercano se produzca esta situación de infracción de la prohibición de asistencia financiera, por lo que sería adecuado solucionar este problema para, así, evitar infracciones legales futuras que puedan poner en peligro le negocio jurídico de la adquisición de Kvothe Beer, S.A.

INFORME JURÍDICO MARVELWEISSER INC.

ANTECEDENTES DE HECHO

Marvelweisser Inc es una marca internacional de cerveza que recientemente ha decidido expandir su negocio en Europa. Dicha empresa solicita asesoramiento acerca de la estrategia legal a seguir en relación con los negocios en los que esta entidad está incurso.

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

1. Asesoramiento legal sobre las estrategias de carácter legal recomendadas para la prosperidad de la mercantil Marvelweisser Inc.

NORMATIVA APLICABLE

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En primer lugar, respecto de la posición de Marvelweisser Inc en relación con Kvothe Beer, S.A, sociedad que adquirió al 50% con su socio financiero Chetae, S.L, a través de la constitución de la mercantil NewCo Buyer, S.L, consideramos que la actual situación en la que se encuentra la entidad mercantil no es del todo cómoda para los intereses de ésta. Hemos de tener en cuenta que NewCo Buyer, S.L es una sociedad constituida para adquirir, con un menor grado de riesgo, Kvothe Beer, S.A de manera compartida, de manera que el precio a pagar no supusiera un desembolso de dinero tan grande que pudiera ir en contra de los intereses de la sociedad. Si bien es cierto que, como consecuencia de la pandemia que recientemente ha azotado el mundo, incidiendo, por tanto, de manera negativa en los resultados financieros de la empresa dedicada a la obtención de cerveza, reduciéndose la cifra de ventas en un 60% con respecto a las de 2019, es esperable que de ahora y en adelante, como consecuencia de la vacunación a nivel mundial que se está produciendo, progresivamente las actividades de ocio vuelvan a la normalidad, lo que conllevará un aumento de las ventas de esta marca de cerveza de reconocido prestigio. Por otra parte, la utilización de la entidad mercantil NewCo BUYER, S.L como medio para la gestión de Kvothe Beer, S.A es, cuanto menos, aparatoso, debiendo, asimismo, tener que acordar las estrategias a seguir con el accionista del 50% del capital social de dicha sociedad mercantil, Chetae, S.L. Es por todo ello por lo que sería recomendable, a nuestro juicio, que en el caso en el que Chetae, S.L, ante estos resultados financieros negativos obtenidos durante los últimos tres años, decidiera ejercer su opción de venta, Marvelweisser Inc no se opusiera a ella, haciéndose con el 50% restante y convirtiéndose en el accionista único de Newco Buyer, S.L. Si bien es cierto que dicha operación conlleva un desembolso económico grande, más teniendo en cuenta la actual situación de crisis en la que se encuentra inmersa el mundo y, especialmente, el sector del comercio en la actualidad, creemos que esto reportará bonanza a medio/largo plazo. La base de ello radica, principalmente, en la autonomía que supone ser accionista único de NewCo Buyer, S.L. Pero igualmente, y en otro orden de cosas, hemos de recordar que el pacto de socios suscrito entre Chetae, S.L y Marvelweisser Inc respecto a la unanimidad de la aprobación de cualquier asunto relativo a modificación de estatutos o

modificaciones estructurales carecería de validez, puesto que sería ahora la última mercantil la dueña absoluta de NewCoBuyer, S.L, lo que facilitaría lo que a continuación exponemos.

NewCo Buyer, S.L es una sociedad, en principio, vehicular para la correcta administración de la sociedad Kvothe Beer, S.L y que resultaba de utilidad debido a la titularidad múltiple societaria. No obstante, una vez adquirido el 100% de las participaciones sociales de NewCo Buyer, S.L, creemos que la presencia de dicha entidad en el entramado societario supondría un problema logístico. Por ello, consideramos que la operación estratégica más inteligente en este supuesto supondría la fusión por absorción de las sociedades Kvothe Beer, S.A y NewCo, S.L, en virtud del artículo 23.2 LME, que deberá mantener el nombre o las siglas de la prestigiosa marca de cerveza. De esta manera logramos eliminar una sociedad vehicular intermedia que tiene poca utilidad, provocando el aumento de capital social de Kvothe Beer, S.L y obteniendo la sociedad sobre la cual Marvelweisser tendrá control absoluto y directo.

Una vez hecho esto, en virtud del artículo 223 LSC la junta general de Kvothe Beer, S.A (de la cual ahora es Marvelweisser Inc socio directo y en exclusiva), podría ejercitar el mecanismo reflejado en este precepto legal, cesando así a D. Alberto Montenegro en su cargo como consejero de Kvothe Beer, S.A, a través de la inscripción en virtud de lo establecido por el artículo 148 RMM. Todo ello debido a que, tal y como se ha podido comprobar, resulta un elemento conflictivo dentro del funcionamiento societario, que tiene, asimismo, conflicto de intereses con la mercantil, fruto de su actual condición de socio de Denna, S.L, por lo que encontramos que dentro del órgano de administración de la sociedad D.Alberto crea un cisma conflictivo. Tras el cese, se nombraría un nuevo consejero para cubrir la vacante.

Respecto de la relación jurídica con Denna, S.L, recomendamos que el nuevo Consejo de Administración de Kvothe Beer, S.A resuelva el contrato de distribución en exclusiva con esta sociedad. Si bien, tal y como se ha señalado con anterioridad, existe riesgo de conflicto que se deba resolver a través de los tribunales, los argumentos jurídicos que con anterioridad se han expuesto muestran que no se produciría responsabilidad para Kvothe Beer, S.L puesto que cabe la resolución injustificada de este tipo de contratos.

A fin de evitar futuros conflictos, sería interesante que Kvothe Beer, S.A efectúe un nuevo contrato de distribución en exclusiva con otra sociedad y que esta a su vez subcontrate a Espumas Marbella, S.A para la zona de la costa del sol, evitando así cualquier tipo de conflicto jurídico a tal respecto derivado de la relación contractual existente entre las partes.