



Caso práctico para el Trabajo de Fin de Máster 2020-2021

Máster Universitario de Derecho de la Empresa

Alumno

Rodrigo García Flores

Tutor

Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez

*Siglas y abreviaturas

Cfr.: Indica que la idea expresada se ha extraído del texto que se cita, pero no se recoge en sus exactos términos.

Ibid.: Indica que el trabajo que se cita es el mismo que el citado en la nota inmediatamente anterior, coincidiendo autor, título y edición. Tras esta referencia normalmente se incluye una referencia a la página de la obra que se utiliza.

Id.: Indica que el trabajo que se cita es el mismo que el citado en la nota inmediatamente anterior, coincidiendo autor, título, edición y páginas.

Op. Cit.: Hace referencia a cualquier tipo de texto citado con anterioridad (mismo autor, mismo título, misma edición) pero no de forma inmediata, puesto que hay otras notas al pie intercaladas. Suele estar precedida por el nombre del autor o el título del texto y normalmente seguida por el número de página.

Núm.: número.

Art.: Artículo.

*Cabe mencionar que las referencias a cualquier texto legal las he incluido directamente en el informe y no a pie de página para adecuarme a las reglas de extensión y formato.

De: García-Flores Abogados, S.L.

Para: Mr. Smith, abogado de MarvelWeisser Inc.

En Madrid, a 10 de enero de 2022

El Objetivo del presente informe es analizar las cuestiones planteadas y ofrecer una estrategia legal efectiva a seguir para MarvelWeisser, Inc. Estas cuestiones son las siguientes:

1.- a) Acciones que puede interponer Denna, S.L. y defensas de las que dispone Kvothe Beer

Antes de entrar a analizar las posibles acciones, es importante mencionar, que Kvothe Beer, S.A. (en adelante "**Kvothe Beer**") es una empresa fundada en 1996 por D. Alberto Montenegro (en adelante "**D. Alberto**") dedicada al malteado, filtrado, molienda y fermentación de cebada para la obtención de cerveza. Por su parte, Denna, S.L. (en adelante "**Denna**") es una sociedad paralela constituida por D. Alberto dedicada a la distribución de bebidas alcohólicas.

En este contexto, Kvothe Beer y Denna suscribieron un contrato de distribución en virtud del cual, Kvothe Beer, le otorgó a Denna la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros por de Kvothe Beer, de forma indefinida en todo el territorio nacional de España.

Como sabemos, el contrato de distribución, se configura como un contrato atípico de colaboración entre empresarios, mediante el cual el producto o fabricante acuerda con el distribuidor la entrega de un bien para su reventa en una zona determinada. Este, carece de regulación específica, teniendo que acudir a lo libremente pactado por las partes y supletoriamente a lo establecido en el Código de Comercio y en el Código Civil. En este sentido, el artículo 4 del Código Civil reconoce la posibilidad de aplicar de forma análoga las normas que rigen otros contratos cuando exista identidad de razón entre ambos, siendo en ese caso de aplicación supletoria las disposiciones del código. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm.829/2008 del 15 de enero de 2008 ¹, recoge la posibilidad de aplicar análogamente a los contratos de distribución la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (en adelante "**LCA**") siempre y cuando las partes no hayan excluido su aplicación y el distribuidor desarrolle sus funciones en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente y se cumplan los requisitos establecidos en la LCA para otorgar la compensación por clientela.

En el contrato firmado por las partes, no existe ninguna cláusula que excluya la aplicación de la LCA. Además, en dicho contrato, aparecen las principales notas características del contrato de agencia, pues Denna como intermediario independiente tiene la facultad de promover y concluir acuerdos de compraventa con los productos de Kvothe Beer por cuenta de este y por un tiempo indefinido, asemejándose de este modo a la figura del agente.²

Por todo ello, para configurar la indemnización que corresponde a Denna por la resolución anticipada del contrato de distribución acudiremos a lo dispuesto en la LCA.

El artículo 25 de la LCA, señala que el contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito. De este modo, en caso de incumplir con el mismo se podrá reclamar una compensación.

Por su parte, el artículo 28 de la LCA reconoce la posibilidad de solicitar una indemnización por clientela, siempre y cuando el agente (Denna) hubiese aportado nuevos clientes al

¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 829/2008 de 15 de enero de 2008, [Web oficial del Poder Judicial].

² Cfr. "Contrato de distribución", Wolters Kluwer.

empresario (Kvothe Beer) o haya incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y su actividad pueda seguir produciendo ventajas a al empresario. Siguiendo la doctrina de juristas como Paz-ares, la indemnización por clientela es un mecanismo de protección social (finalidad) y un mecanismo de remuneración contractual (estructura).³

A partir dicho análisis, podemos afirmar que hay muchas posibilidades de que dicha acción prospere, si tenemos en cuenta que Denna fue creada hace muchos años con el objetivo único de contar con una distribución efectiva de los productos de Kvothe Beer y de cerrar acuerdos de sub-distribución de dichos productos. En palabra de D. Alberto, fundador de ambas empresas, Denna constituye “*una gran parte del éxito de Kvothe Beer.*”

Por otro lado, en virtud del artículo 29 de la LCA, Denna, podrá solicitar una indemnización por los gastos e inversiones en los que haya incurrido para la ejecución del contrato de distribución que no sean amortizables.

La acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirá tal y como estipula el artículo 31 al año a contar desde la extinción del contrato.

Sin perjuicio de dichas indemnizaciones, la disposición adicional primera de la LCA, en su apartado sexto, señala que el distribuidor (Denna) tendrá derecho a percibir las indemnizaciones del personal laboral del haya tenido que prescindir al resolver el contrato con Denna, y a obligar al proveedor (Kvothe Beer), a adquirir todas aquellas mercancías que se hallen en su poder, al mismo precio al que fueron vendidas.

Finalmente, se plantea la opción de que Denna en virtud de los artículos 1.106 y 1.101 del Código Civil, solicite una indemnización por lucro cesante, es decir, una compensación por los beneficios no obtenidos y que hubiera obtenido si el empresario hubiera avisado con antelación de su voluntad de terminar el contrato, lo que, a su vez, le hubiera permitido reorganizar su empresa.

b) Defensa de Kvothe Beer:

Respecto a la estrategia de defensa de Kvothe Beer, en un primer momento podemos pensar que este deberá probar que efectivamente notificó a Denna la terminación anticipada del contrato, cumpliendo con el preaviso legalmente establecido (o aquel que se hubiese pactado) para que así no se produzca un incumplimiento del artículo 25 de la LCA. Sin embargo, incluso si no se cumple con dicho plazo la Sentencia del Tribunal Supremo núm.163/2016 de 16 de marzo de 2016, determina que en caso de falta de preaviso “*no estamos ante un supuesto de incumplimiento resolutorio del contrato ya que, tratándose de un contrato de duración indefinida, el fabricante podía denunciarlo unilateralmente cumpliendo con las exigencias de la buena fe (preaviso) sin que, el incumplimiento del deber de avisar con antelación de su voluntad de denuncia, impida la eficacia de la denuncia unilateral.*”⁴

En virtud de dicho análisis, podemos deducir, que, al no tratarse de un requisito esencial para resolver el contrato, la falta de preaviso no supone un incumplimiento contractual, y Denna no podrá reclamar una compensación por este concepto.

No obstante, en el caso de que se reclame una indemnización por lucro cesante, este preaviso sí parece necesario. En este sentido, la ya citada Sentencia núm.163/2016 estipula en relación con el lucro cesante que “*la repentina resolución unilateral decidida por la empresa comitente perjudicó a la distribuidora, que perdió un gran número de clientes y, por tanto, de*

³ Cfr. Alfaro, J.: “La terminación de los contratos de distribución”, Blog Almacén de Derecho, 2016.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil núm. 163/2016 de 16 de marzo de 2016. [Web oficial del Poder Judicial].

*oportunidades de negocio, y no tuvo tiempo para reorganizar su actividad.”*⁵ De este modo, la estrategia de Kvothe Beer pasará por probar que efectivamente, Denna no perderá un número de clientes importante y que además cuenta con medios y tiempo suficiente para reorganizar su actividad.

En relación con la posible indemnización por clientela, la defensa de Kvothe Beer, tendrá que acreditar que ni su clientela, ni el volumen de sus operaciones, se incrementaron sensiblemente gracias a labor de Denna. Labor, algo que en virtud de lo expuesto en el epígrafe anterior parece complicada.

Respecto a la indemnización en concepto de daños y perjuicios por los gastos e inversiones no amortizables en los que haya podido incurrir Denna, Kvothe Beer deberá centrarse en probar, *“que son inherentes a las ventas, de manera que una vez que la sociedad ya no vende los productos (precisamente como consecuencia de la extinción del contrato) no incurre en ellos.”*⁶

Finalmente, mencionar que el peor de los escenarios al que tendría que hacer frente Kvothe Beer, como consecuencia de la decisión de terminar en todo caso, con el contrato de distribución con Denna, sería aquel en que prosperasen la indemnización por lucro cesante (al no poder demostrar que Denna tuvo tiempo de reorganizar su actividad), la acción de indemnización por clientela (algo que parece muy probable) y que finalmente los gastos e inversiones en los que Denna hay incurrido como consecuencia de la ejecución del contrato de distribución suscrito con Kvothe Beer no sean inherentes a las ventas y se siga incurriendo en ellos tras la resolución del contrato. Por ello es importante que Kvothe Beer calcule los riesgos que implica resolver el contrato con Denna.

2.- Acciones que Kvothe Beer y Newco Buyer pueden interponer frente D. Alberto derivadas de su relación con Kvothe Beer y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer

De conformidad con el contrato de compraventa apalancada o **“Leveraged Buyout”**, (pues más de la mitad de compra se financia con recursos ajenos) del 100% de las acciones de Kvothe Beer, formalizado el 25 de febrero de 2020, D. Alberto (antiguo socio único de Kvothe Beer) entró a formar parte del consejo de administración de Kvothe Beer, como consejero independiente a propuesta de MarvelWeisser Inc. (en adelante **“MarvelWeisser”**) y Chetae, S.L. (en adelante **“Chetae”**), y estando obligado a permanecer en dicho puesto hasta el 31 de diciembre de 2022.

En este contexto, cabe mencionar que a raíz de la disminución en un 60% con respecto al año anterior de la cifra de ventas en 2020, se decidió convocar una reunión del consejo de Administración de Kvothe Beer para analizar la situación y las posibles soluciones en el mejor interés de la sociedad, entre las que se encuentra la terminación anticipada del contrato de distribución con Denna.

Una vez convocada, la reunión D. Alberto, reaccionó de forma furiosa, anunciando que emprenderá todas las acciones que a su alcance para defender los derechos que le asisten en virtud del contrato de distribución entre Kvothe Beer y Denna.

Ante esta situación, se nos plantea acerca de las posibles acciones que Kvothe Beer y NewCo Buyer, S.L. (en adelante Newco Buyer) pueden interponer contra D. Alberto.

Para ello, habrá que analizar si esta actitud puede suponer un presupuesto de responsabilidad del artículo 236 del del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante

⁵ Id.

⁶ Cfr. La terminación de los contratos de distribución, *Op. Cit.*

“**TRLSC**), es decir, una vulneración de las disposiciones legales, o de los deberes inherentes a su cargo con dolo o culpa.

En este sentido, parece claro que con su actitud D. Alberto no actuó con la neutralidad requerida para el ejercicio de su cargo, sino influenciado por los intereses personales que tiene en Denna (sociedad que él mismo constituyó). En consecuencia, se estaría vulnerando una de las obligaciones básicas del deber de lealtad contenida en el artículo 228 d) del TRLSC, en la que se obliga al administrador a *“desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.”*

Asimismo, D. Alberto tiene el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Tal y como señala el artículo 238 f), el administrador no debe obtener ventajas de terceros distintos de la sociedad, asociadas al desempeño de su cargo. En este caso, la actitud furiosa de D. Alberto por la resolución anticipada del contrato de distribución con Denna es un síntoma de que sus intereses y no los de la sociedad resultan perjudicados.

Por todo ello, podemos concluir que, con su actitud, D. Alberto no actuó con la diligencia de un buen empresario (art. 225 del TRLSC), ni con la lealtad de un fiel representante, de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227 TRLSC).

En virtud de dicho análisis, se podrán interponer las siguientes acciones contra D. Alberto:

- En primer lugar, una acción de cese contra D. Alberto como consejero. El artículo 223 del TRLSC establece que los administradores podrán ser separados de su cargo por la junta general en cualquier momento, aun cuando no conste en el orden del día. En el caso de las sociedades anónimas los administradores que tengan intereses opuestos a la sociedad, cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.
- En segundo lugar, el artículo 236 recoge como uno de los presupuestos en que los administradores serán responsables frente a la sociedad del daño que causen, el incumplimiento de sus deberes inherentes a su cargo. Dicha responsabilidad, se canaliza a través de la acción social de responsabilidad del artículo 238 del TRLSC, que podrá ser acordada por la junta general por mayoría ordinaria a solicitud de cualquier socio, y aunque no conste en el orden del día. Cabe mencionar que el acuerdo de promover la acción de responsabilidad determinará el cese de los mismos.

Por ello, si Newco Buyer (vehículo utilizado por MarvelWeisser y Chetae) como socio único de Kvothe Beer, entiende que D. Alberto ha actuado en contra de los intereses de la sociedad, al haber incumplido sus deberes inherentes al cargo de consejero podrá cesarlo y acordar que Kvothe Beer entable contra él una acción social de responsabilidad (al ser socio único desempeña las funciones de la junta (art. 15 del TRLSC)).

- En tercer lugar, el artículo 241 del TRLSC plantea la opción de reclamar una indemnización por parte de Newco Buyer, como socio único de Kvothe Beer, contra D. Alberto como consejero, por aquellos actos que lesionen directamente sus intereses.

En términos prácticos, esta acción de responsabilidad individual, será iniciada únicamente si D. Alberto ha lesionado los intereses de MarvelWeisser y Chetae, puesto que Newco Buyer no es más que un vehículo para efectuar la compraventa de Kvothe Beer. Dicha acción junto con la acción social de responsabilidad, *“prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.”* (art. 241 del TRLSC).

Finalmente, en relación con las posibles acciones contra D. Alberto que puedan derivarse del contrato de compraventa de Kvothe Beer, cabe mencionar que en virtud del artículo 1.124 del Código Civil, Newco Buyer, podrá resolver o exigir el cumplimiento del contrato junto con una indemnización por daños y perjuicios, siempre y cuando D. Alberto haya incumplido alguna de sus obligaciones.

Siguiendo esta línea, en caso de D. Alberto haya actuado de forma dolosa, culposa o negligente en relación con el contrato de compraventa, en virtud del artículo 1.101 del Código deberá indemnizar a Newco Buyer (al final indemnizaría a Chetae y MarvelWeisser, al ser aquella una sociedad vehículo).

Sin embargo, a tenor de los hechos no existen indicios que indiquen que D. Alberto incumplió el contrato de compraventa de Kvothe Beer, o que en el cumplimiento del mismo haya actuado con dolo, culpa o negligencia.

3.- Posibles acciones que D. Alberto puede interponer frente a Newco Buyer, S.L., Chetae, S.L., o MarvelWeisser como miembro del consejo de Kvothe Beer

La estrategia de defensa de D. Alberto como consejero de Kvothe Beer, en virtud del artículo 206 del TRLSC, pasa por impugnar aquellas acciones que puedan ejercerse contra él, puesto que en virtud de su cargo de consejero no puede ejercer acción alguna contra con los socios. Estas acciones irán dirigidas contra la sociedad.

En primer lugar, respecto a la acción de cese y la de responsabilidad social por incumplimiento de sus deberes como consejero, D. Alberto podrá impugnarlas alegando que no incumplió dichos deberes, y que su actitud tras la reunión del consejo no se debe a intereses personales que pueda tener en Denna, sino al hecho de que como conocedor del negocio (pues es el fundador de ambas compañías) la resolución anticipada del contrato se trata de una medida que perjudicará gravemente los intereses de la sociedad (art. 204 del TRLSC). D. Alberto puede justificar su actitud en la importancia que Denna tiene en el éxito de Kvothe Beer, y en las cuantiosas indemnizaciones a las que está última tendrá que hacer frente en caso de resolver el contrato con Denna

En segundo lugar, en relación con la acción de responsabilidad individual, D. Alberto podrá impugnarla alegando que no existen indicios que indiquen que con su actitud ha lesionado los intereses de MarvelWeisser y Chetae (la impugnación irá dirigida a Newco Buyer).

Finalmente, cabe mencionar que en virtud del artículo 251 del TRLSC, D. Alberto tendrá 30 días desde la adopción de los acuerdos por el órgano colegiado, esto es, que haya sido cesado o se haya iniciado la acción de responsabilidad social por parte de Kvothe Beer (que incluye su cese) para impugnar los acuerdos. Esta impugnación tal y como establece el artículo 207 del TRLSC seguirá los tramites del juicio ordinario y demás disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 249.3º), teniendo por ello D. Alberto que interponer la acción de impugnación de los acuerdos sociales ante los Juzgados de lo Mercantil del domicilio social de Kvothe Beer (art. 86 ter LOPJ).

4.- a) Qué proceso debería llevar a cabo Chetae para ejercitar la opción de venta

El derecho de opción, se define como la facultad de una de las partes (el optante) para decidir unilateralmente sobre la formalización de manera tal que el concedente queda obligado por dicha opción hasta tanto sea ejercitada en el plazo acordado por el optante.⁷ Este tipo de cláusulas son muy comunes en los pactos parasociales suscritos como consecuencia de una compraventa.

⁷ Cfr.: "Contrato de Opción", Wolters Kluwer.

No existe un procedimiento específico para ejercitar la opción de venta. El Tribunal Supremo en la Sentencia núm.1126/1997 de 15 de diciembre de 1997, reconoció la autonomía y la atipicidad como notas características de la opción.⁸

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm.487/1992 de 18 de mayo de 1995, se pronuncia sobre la comunicación del cumplimiento de la condición para ejercitar la opción en los siguientes términos *“la comunicación en plazo que el optante efectuó al oferente opera en sentido de participarle su consentimiento de perfeccionar la compraventa convenida, que de esta manera consuma la opción y completa el contrato, obligando al concedente desde este momento, pues el negocio se ultima definitivamente, adquiere condición de plena vinculación, y sin perjuicio de la cooperación consiguiente por parte del vender para el otorgamiento de la correspondiente escritura notarial, que constituye formalidad posterior y refleja públicamente la venta ya existente.”*⁹

De este modo, lo esencial es que se cumpla la condición y que se comunique a quien corresponda para que pueda ser ejercitada por el optante.

En este caso concreto, MarvelWeisser y Chetae han incluido en el contrato de socios de Newco Buyer una opción de venta ejercitable por Chetae de todas sus participaciones en Newco Buyer en favor de Marvel Weisser, en caso de que los resultados financieros de Kvothe Beer, en tres años consecutivos, sean inferiores al plan de negocio adjunto al contrato de socios.

Al no existir disposición estatutaria en contrario, y teniendo en cuenta que Newco Buyer es una sociedad de responsabilidad limitada, la transmisión de participaciones estará restringida por las normas artículo 107 del TRLSC. En este sentido, al tratarse de una opción de venta en favor de MarvelWeisser (acto inter vivos entre socios), dicha transmisión será libre. Por ello, una vez comunicado al órgano de administración el cumplimiento de la condición, esta podrá ser ejercitada por Chetae.

Sin embargo, cabe mencionar que para este caso concreto no se ha cumplido la condición, pues únicamente ha transcurrido un ejercicio financiero (y no tres) con resultados financieros por debajo del plan negocio. En consecuencia, Chetae no podrá ejercitar la opción de venta.

b) En caso de que MarvelWeisser entendiéndose que el ejercicio de la opción de venta por parte de Chetae del contrato de socios no procede, ¿qué derecho sería aplicable a la controversia?

Antes de nada, es importante mencionar que el contrato de socios, ha sido suscrito por MarvelWeisser, compañía domiciliada en Tennessee (EE. UU) y Chetae, compañía domiciliada en Bilbao (España).

Asimismo, las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad regulado en el artículo 1.255 del Código Civil, acordaron que cualquier discrepancia derivada del mismo quedaría sometida a los tribunales de Madrid.

Como sabemos, en el contrato las partes no acordaron la ley aplicable, por lo que, en virtud del orden de prelación de fuentes, tendremos que acudir en primer lugar a los convenios bilaterales que existan entre EEUU y España y que regulen la ley aplicable en caso de controversia entre dos entidades de dichas nacionalidades. En este caso, no parece que

⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil núm. 1126/1997 de 15 de septiembre de 1997. [Web oficial del Poder Judicial].

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 476/1995 de 18 de mayo de 1995. [Web oficial del Poder Judicial].

existen ningún convenio entre ambos países sobre el modo de resolver controversias que afecten a entidades de ambas nacionalidades.

En segundo lugar, tendremos que acudir a las normas, Convenios o Reglamentos internacionales para determinar qué derecho sería aplicable. En este sentido, traemos a colación el texto más importante que existe el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I). No obstante, el artículo 1.f) del Reglamento excluye las cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades. En este caso, si tenemos en cuenta que la controversia versa sobre la opción de venta incluida en el contrato de socios, no podremos aplicar dicho Reglamento, por tratarse de una controversia relativa al derecho de sociedades y por ello excluida del ámbito material del Reglamento.

Al no existir ningún convenio bilateral y no ser de aplicación Roma I, tendremos que acudir como tercera fuente al derecho nacional, es decir a las disposiciones supletorias del Código Civil. En este sentido, el artículo 9.11 del Código estipula que la ley personal de las personas jurídicas será la de su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, disolución y extinción.

De este modo si entendemos que la controversia sobre la opción de venta queda incluida en el ámbito de dicho artículo y teniendo en cuenta que Newco Buyer, es una sociedad vehículo de responsabilidad limitada española, la ley aplicable será la ley española.

5.- a) ¿Qué acciones puede interponer Espumas de Marbella frente a MarvelWeisser?

En virtud de los hechos del caso entendemos que Espumas de Marbella, S.A. (en adelante "**Espuma de Marbella**"), suscribió hace 10 años con Kvothe Beer un contrato para la distribución en exclusiva de los productos de esta última en la zona de la costa del sol.

De este modo, si seguimos el mismo razonamiento que en la primera pregunta, sería de aplicación la Ley del Contrato de Agencia, pudiendo Espumas de Marbella ejercitar las mismas acciones que Denna (compensación por falta de preaviso, indemnización por inversiones y gastos no amortizables, indemnización por clientela y lucro cesante) contra Kvothe Beer.

Por otro lado, respecto a las posibles acciones que Espumas de Marbella puede ejercer directamente contra MarvelWeisser, entidad propietaria del 50% de Kvothe Beer y con la que Espumas de Marbella no tiene ningún vínculo contractual, la única opción que parece plausible es plantear una acción de responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1.902 del Código Civil y que como sabemos, exige como requisitos básicos que exista un daño y que haya culpa o negligencia.

En consecuencia, para que la acción prospere, Espumas de Marbella deberá probar que efectivamente, MarvelWeisser, mediante algún tipo de acción u omisión culposa o negligente le ha causado un daño (relación de causalidad). No obstante, si atendemos a los hechos del caso, no existe ningún indicio concreto de que Espumas De Marbella haya sufrido daño alguno fruto de una conducta culposa o negligente de MarvelWeisser, por lo que podemos concluir que existen escasas opciones de que la acción contra este prospere.

b) Derecho de reclamación de Newco Buyer S.L., frente a Denna S.L. y a D. Alberto por no poner de manifiesto el contrato con Espumas de Marbella S.A. Consecuencias que puede tener la entrega de información por D. Alberto a Espumas de Marbella, S.A.

Una de las fases más importante en el proceso de compraventa de una sociedad es la Due Diligence, es decir, el proceso de revisión de la situación económica, financiera, laboral, fiscal y judicial de la compañía. De igual forma, es habitual incluir la cláusula de Manifestaciones y Garantías del Vendedor ("*Representations&Warranties*") en las que se describan las

principales características de la empresa objeto de compraventa, esto es, que no haya pleitos pendientes, que los balances hayan sido elaborados conforme a las normas legales, que no haya bienes de la sociedad embargados, que garantice la responsabilidad del vendedor por reclamaciones de terceros y que faculte al comprador para reclamar una indemnización en caso de incumplimiento de dicha cláusula.

De este modo, en el supuesto de que se haya incluido una cláusula de Manifestaciones y Garantías del Vendedor, y una vez firmado el contrato compraventa, se ponga de manifiesto el contrato con Espumas de Marbella a través de la posible reclamación que haga a Kvothe Beer, Newco Buyer podrá hacer valer dicha cláusula, teniendo D. Alberto (el vendedor) que responder frente a aquella.

Asimismo, hayan incluido o no que las partes una cláusula para reclamar una indemnización en el contrato de compraventa, Newco Buyer, (en adelante el "**Comprador**"), podrá en virtud de los artículos 1.101 y 1.124 del CC resolver el contrato suscrito con D. Alberto (en adelante el "**Vendedor**") pudiendo optar por el cumplimiento o la resolución del mismo, con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Respecto a las acciones contra Denna, es importante mencionar que no existe un vínculo contractual entre el Comprador y Denna, si bien una vez efectuada la compraventa podrá como socio único, resolver inmediatamente el contrato de distribución con esta última (algo que ya se ha planteado en la última reunión del consejo de administración). Asimismo, podrá ejercer una acción de responsabilidad extracontractual siempre y cuando se pruebe que Denna conociendo la existencia de dicha operación de compraventa no entregó el contrato de distribución que tenía en su poder suscrito entre Kvothe Beer y Espumas de Marbella.

Finalmente, en relación con la entrega de información de D. Alberto a Espumas de Marbella, Newco Buyer puede pensar que dicha acción puede suponer una vulneración de su deber de lealtad con la empresa y una vulneración de su deber de discrecionalidad de su labor empresarial (arts. 226 y 227 del TRLSC), pudiendo en ese caso acordar que Kvothe Beer ejercer una acción social de responsabilidad contra D. Alberto.

6.- En relación con las cuestiones planteadas de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer:

Como sabemos, el artículo 242 del TRLSC, estipula que el consejo de administración deberá estar formado por un mínimo de 3 miembros.

Por su parte, el TRLSC en su artículo 247 establece que, para la válida constitución del consejo, deben concurrir presentes o representados la mayoría de los vocales. Asimismo, en caso de que el número de sus miembros sea impar, sentencias como la de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de noviembre de 2013 o resoluciones de la Dirección General de Registros y Notarías (en adelante "**RDGRN**") de 15 de octubre de 2012 estipulan que el consejo quedará válidamente constituido cuando haya más miembros presentes que ausentes.

Si extrapolamos, dicha información a este caso concreto, podemos observar que, por un lado, se cumple el requisito de composición mínima del consejo, pues está formado por tres miembros. Asimismo, al haber más miembros presentes que ausentes D. Tyler (Presidente) y D. Pablo (consejero) podrán constituir válidamente el consejo y celebrar acuerdos en ausencia de D. Alberto.

Por otro lado, en cuanto a las mayorías necesarias para aprobar acuerdos en las sociedades anónimas, el artículo 248.1 del TRLSC, establece la regla de la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la reunión, lo que implica que el acuerdo tendrá que ser aprobado por la mayoría absoluta de los consejeros presentes o representados. Además, jurisprudencia

de carácter registral como la RDGRN de 7 de octubre de 2013 consideran que dichas mayorías pueden reforzarse, pero no derogarse, estableciendo, por ejemplo, un derecho de veto de un consejero o la exigencia de unanimidad para adoptar ciertos acuerdos. Esta restricción estatutaria del derecho de veto, se justifica en el encarecimiento de los costes que produce dicho derecho en la organización del consejo.¹⁰

En virtud de dicho análisis, y sin perjuicio de que D. Alberto acuda y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día, dicho acuerdo podrá adoptarse, pues como hemos visto no pueden incluirse cláusulas estatutarias que reconozcan un derecho de veto o exijan unanimidad para la adopción de acuerdos en el consejo.

Asimismo, analizando si D. Alberto tiene plenos derechos para comparecer en el consejo, debemos tener en cuenta lo analizado en la cuestión segunda del informe en la que se analiza su actitud ante la posible resolución anticipada del contrato de distribución con Denna. Teniendo que Denna es una empresa fundada por D. Alberto y en la que tiene intereses, este, en virtud del artículo 228 c) del TRLSC deberá abstenerse de votar al menos en relación con dicho acuerdo.

Respecto a la posibilidad de que el consejo exija responsabilidades a D. Alberto, cabe mencionar que no se encuentra legitimado para exigir responsabilidades, pues los administradores deberán responder frente a los socios, la sociedad y los acreedores sociales (siendo la junta general el órgano que deberá acordar la acción social de responsabilidad aun cuando no esté en el orden del día). Esto, deberá interpretarse sin perjuicio de la acción individual de responsabilidad por actos que lesionen directamente sus intereses (art. 236, 238 y 241 del TRLSC).

Ante esta negativa, las opciones de MarvelWeisser pasan por acordar con Chetae que a través de Newco Buyer, se decida cesar a D. Alberto o ejercer una acción social de responsabilidad contra D. Alberto por el incumplimiento de sus deberes inherentes al cargo de administrador (ya hemos visto en la segunda pregunta que existen motivos para pensar que ha incumplido dichos deberes). Cabe mencionar que al ser Kvothe Beer una sociedad unipersonal, las competencias de la junta en virtud del artículo 15 del TRLC, serán ejercidas por el socio único. Por ello una vez MarvelWeisser y Chetae lo acuerden, Newco Buyer cesará a D. Alberto o acordará que Kvothe Beer emprenda una acción social de responsabilidad.

Finalmente, en caso de que dicha actitud lesione directamente los intereses de Newco Buyer (al ser un vehículo son los de MarvelWeisser y Chetae), se podrá acordar que Newco Buyer reclame una indemnización en virtud de la acción de responsabilidad individual del artículo 240 del TRLSC.

7.- Análisis de la situación de Kvothe Beer con respecto a los 15 empleados que D.Alberto mencionó en su burofax, y qué riesgos conlleva lo realizado en su momento

Como consecuencia de la compraventa por parte de Newco Buyer de Kvothe Beer, se acordó que 15 empleados que desempeñaban a su vez tareas de distribución de los productos que comercializaba Denna pasasen a ser empleados por Denna. Asimismo, tal y como afirma D. Alberto, en caso se acordó que en caso de resolución del contrato de distribución regresen a Kvothe Beer.

Para analizar los posibles riesgos en dicho movimiento de trabajadores habrá que entender cuál es la naturaleza de dicha operación.

En primer lugar, podemos plantear que exista que haya una sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante "ET"). En términos generales,

¹⁰ Alfaro J., "Caracteres, regulación y funcionamiento del Consejo de Administración.", Blog Almacén de Derecho, 2019.

la sucesión de empresa, establece que en caso de producirse un cambio en la titularidad de una empresa no se extinguirán las relaciones laborales. No obstante, esta idea queda totalmente descartada, ya que en este caso lo que se produce es un traslado de trabajadores a un distribuidor como consecuencia del cambio de titularidad en Kvothe Beer.

Por otro lado, puede plantearse que las partes acordaron despedir a los trabajadores para luego volver a contratarlos. Analizando los hechos del caso, las partes han acordado en la compraventa, trasladar 15 empleados de Kvothe Beer a Denna, por realizar tareas de distribución de esta última. A su vez, han acordado que en caso de resolverse el contrato estos trabajadores regresarán a Kvothe Beer.

A tenor de estos hechos resulta complicado pensar que la intención de MarvelWeisser y de Chetae sea realizar dos despidos (que podrían calificarse como improcedente) con sus correspondientes indemnizaciones y dos contrataciones. De este modo, la opción más factible es que se trate de una simple puesta a disposición de trabajadores encubierta, que como sabemos en virtud del artículo 43 del ET sería ilegal.

En consecuencia, en caso de declararse la cesión ilegal, Denna y Kvothe Beer, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los 15 trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales de sus actos (se podría plantear una acción de estafa regulada en el artículo 248 del Código Penal, por engañar a los trabajadores para realizar actos que son ilegales). En cualquier caso, necesitaríamos más detalles para poder analizar si efectivamente existe un delito de estafa.

Además, tal y como se establece en el apartado cuarto del artículo 43 dichos trabajadores adquirirán la condición de fijos en Denna o Kvothe Beer, a su elección, con los derechos y obligaciones que correspondan en la empresa a un trabajador en condiciones ordinarias, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Finalmente mencionar, que en ningún caso podemos pensar que se trate de una cesión intragrupo por motivos técnicos u organizativos, puesto que una vez efectuada la compraventa de Kvothe Beer, la empresa pertenecerá a unos propietarios distintos de los de Denna.

8.- ¿La hipoteca constituida sobre Inmueble de Kvothe Beer en Torrelodones, es conforme a derecho?

Como sabemos la hipoteca se constituye como un derecho real de garantía por el cual quedan gravados directa o indirectamente los bienes sobre lo que se constituye con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación.

Analizado la hipoteca de un punto de vista formal, la jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado de forma muy extensa acerca de los efectos que tiene la inscripción registral de la hipoteca. El Tribunal Supremo en la sentencia núm. 364/2016 del 3 de junio de 2016 ¹¹, afirma que si bien la inscripción de la hipoteca es constitutiva, la hipoteca que no ha sido inscrita es oponible y perjudica al tercero que conozca su existencia (mala fe).

Desde un punto de vista dogmático, si analizamos los artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil, la hipoteca se consolida como un derecho real con la inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad, eso no significa que aquellas hipotecas cuya inscripción esté pendiente no tengan ninguna eficacia. En palabras del Notario D. Valerio Pérez de Madrid Carreras, miembro del ilustre Colegio Notarial de Madrid, *“el derecho real de*

¹¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 364/2016 de 3 de junio de 2016. [Web oficial del Poder Judicial].

*hipoteca nace con la escritura pública, pero una vez finalizado el proceso, con la inscripción, adquiere su plena eficacia.”*¹²

De este modo, con la escritura pública, nace el derecho real, que en ese momento es oponible inter partes y frente a terceros que conozcan su existencia o que diligentemente debían conocerla, si bien no adquirirá un efecto erga omnes (oponible contra cualquier tercero) hasta que se haya inscrito. A partir de este análisis, podemos que el derecho real nace, aunque sea débil en el momento en que se eleva a escritura pública y se consolida con la inscripción de la hipoteca.¹³

En este caso concreto la hipoteca constituida sobre el inmueble de Torrelodones en garantía del préstamo concedido a Newco Buyer por Banksanva, S.A. (en adelante “**Banksanva**”) ha sido elevada a escritura pública, pero se encuentra pendiente de inscripción. Por ello, la hipoteca únicamente podrá oponerse frente a Banksuisse, S.A. (en adelante “**Banksuisse**”) si se acredita de que a diferencia de lo que dice en el correo electrónico conocía de su existencia con anterioridad.

Por otro lado, desde un punto de vista material, la hipoteca constituida puede entrar en conflicto con los supuestos de prohibición de asistencia financiera del artículo 150 del TRLSC, ya que la sociedad anónima no podrá prestar garantías para la adquisición de sus acciones. Si tenemos en cuenta que el inmueble de Torrelodones es un activo de Kvothe Beer dado en garantía por Newco Buyer, a Banksanva, por el préstamo concedido por esta última para la adquisición de las acciones de Kvothe Beer, dicha hipoteca no sería válida.

Por todo ello, podemos concluir que, desde un punto de vista formal, si asumimos que BankSuisse, es un tercero de buena fe, Banksanva no podrá oponer la hipoteca. De igual forma, desde un punto de vista material podrá alegar que dicha hipoteca no es conforme a derecho por vulnerar la prohibición de asistencia financiera. En consecuencia, BankSuisse podrá reclamar el valor del inmueble de Torrelodones, en caso de impago de la línea de financiación que concedió a Kvothe Beer.

¹² Pérez de Madrid Carreras, V. “ *La pretendida inscripción constitutiva de la hipoteca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, 2018.

¹³ *Id.*

Resumen de la Estrategia de defensa de MarvelWeisser

A tenor de los hechos del caso, nuestra recomendación es que, MarvelWeisser (en adelante su “**Ciente**”), acuerde con Chetae que Newco Buyer (sociedad vehículo) inste a Kvothe Beer a cesar a D.Alberto y ejercer una acción social de responsabilidad por incumplimiento de sus deberes como administrador, sin perjuicio de la posible acción de responsabilidad individual que Marvel Weisser a través de Newco Buyer pueda ejercitar contra D. Alberto en caso de que haya lesionado sus propios intereses además de los de la sociedad.

En relación con la no manifestación durante la compraventa del contrato de distribución entre Kvothe Beer con Espumas de Marbella, su Cliente, a través de la sociedad vehículo podrá reclamar una indemnización por incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías por parte del vendedor (D. Alberto). Este tipo cláusulas son a su vez de gran importancia para protegerse frente a reclamaciones que puedan ejercitar terceros. No obstante, se haya o no incluido, su Cliente podrá ejercer la acción de resolución por incumplimiento contractual regulada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil.

Por su parte, nos gustaría detenernos en apuntar los posibles riesgos que podría implicar el traslado de trabajadores de Kvothe Beer a Denna y de esta última a Kvothe Beer, pues parece claro que la intención de las partes es únicamente poner a disposición de Denna a los trabajadores por un tiempo determinado, lo que tal y como hemos analizado supondría una vulneración del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores teniendo Kvothe Beer que responder junto a Denna de las obligaciones suscritas con los trabajadores y adquiriendo estos a su vez la condición de fijos. Asimismo, nos gustaría alertar de la posible comisión de un delito de estafa en el que Kvothe Beer (la empresa que su Cliente ha adquirido) puede incurrir por dicha cesión.

En relación con la hipoteca constituida sobre el inmueble de Torrelodones, comentar que la misma no es conforme a derecho tanto desde un punto de visto formal (solo oponible ante terceros que la conociesen con anterioridad a su inscripción) y desde el punto de vista material al incurrir en la prohibición de asistencia financiera regulada en el artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital.

Finalmente, es importante mencionar, que sin perjuicio de una posible acción de responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1.902 del Código Civil, y que en virtud de los hechos no recomendamos ejercer, cualquier acción que quiera ejercitar su Cliente ya sea contra D. Alberto o contra los distribuidores deberá ejercerse a través de la sociedad vehículo, pues este no tiene ningún vínculo contractual que le facultad ejercitar ninguna acción.

Sin nada más que añadir, nos mantenemos a su disposición.

Atentamente,

García-Flores abogados.

Bibliografía:

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 829/2008 de 15 de enero de 2008, [Web oficial del Poder Judicial]. Última consulta: 10 de diciembre de 2021. [STS 829/2008 - ECLI:ES:TS:2008:829 - Poder Judicial](#)

“*Contrato de distribución*”, Wolters Kluwer.

<https://www.bing.com/search?q=wolters+kluwer+contrato+de+distribucion&cvid=b09c345c3e2e41f9bb9266dfb0b6fe3&aqs=edge..69i57.7431j0j4&FORM=ANAB01&PC=U531>

Alfaro, J.: “*La terminación de los contratos de distribución*”, Blog Almacén de Derecho, 2016. [La terminación de los contratos de distribución - Almacén de Derecho \(almacenederecho.org\)](#)

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil núm. 163/2016 de 16 de marzo de 2016. [Web oficial del Poder Judicial]. Última consulta: 20 de diciembre de 2021. [STS 1207/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1207 - Poder Judicial](#)

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, BOE núm. 129 de 29 de mayo de 1992. Disponible en [Web oficial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado]. Última consulta: 24 de diciembre de 2021. [Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. \(boe.es\)](#)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161, de 03 de julio de 2010. [Disponible en la web oficial de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado]. Última consulta: 30 de diciembre de 2021. [Disposición 5773 del BOE núm. 88 de 2021](#)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil., BOE, núm. 7 de 08 de enero de 2000. . [Disponible en la web oficial de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado]. Última consulta: 31 de diciembre de 2021. [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. \(boe.es\)](#)

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985. [Disponible en la web oficial de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado]. Última consulta: 31 de diciembre de 2021. [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. \(boe.es\)](#)

“*Contrato de Opción*”, Wolters Kluwer.

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUNjE2NztlUOuLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoA4KWI9jUAAAA=WKE

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 1126/1997 de 17 de septiembre 1997. [Web oficial del Poder Judicial]. Última consulta: 30 de diciembre de 2021. [STS 7673/1997 - ECLI:ES:TS:1997:7673 - Poder Judicial](#)

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 476/1995 de 18 de mayo de 1995. [Web oficial del Poder Judicial]. Última consulta: 30 de diciembre de 2021. [STS 2813/1995 - ECLI:ES:TS:1995:2813 - Poder Judicial](#)

Alfaro J., “*Caracteres, regulación y funcionamiento del Consejo de Administración.*”, Blog Almacén de Derecho, 2019. [Caracteres, regulación y funcionamiento del Consejo de Administración - Almacén de Derecho \(almacenederecho.org\)](#)

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 364/2016 de 3 de junio de 2016. [Web oficial del Poder Judicial]. Última consulta: 30 de diciembre de 2021. [STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401 - Poder Judicial](#)

Pérez de Madrid Carreras, V. “*La pretendida inscripción constitutiva de la hipoteca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, 2018. [La pretendida inscripción constitutiva de la hipoteca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo \(elnotario.es\)](#)