



FACULTAD DE DERECHO

**MÁSTER DE UNIVERSITARIO EN  
DERECHO DE EMPRESA:  
TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

Autor: Ignacio de Loyola García García

Tutor: Prof. Dr. Guillermo José Guerra Martín

Madrid  
Enero 2022

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

---

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. ANTECEDENTES.....</b>	<b>3</b>
<b>3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....</b>	<b>4</b>
<b>4. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>14</b>
<b>5. DIFUSIÓN.....</b>	<b>14</b>

<p style="text-align: center;"><b>MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO DE LA EMPRESA TRABAJO DE FIN DE MÁSTER</b></p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**De:** IdL Abogados, S.L.P.

**Para:** Marvelweisser INC.

**Lugar y Fecha:** Madrid, [•] de enero de 2022

**Ref.: Análisis de las cuestiones jurídicas societarias planteadas por Marvelweisser INC.**

## **1. INTRODUCCIÓN**

---

La presente nota (en adelante, el “**Informe**”) tiene por objeto analizar las distintas cuestiones jurídicas societarias planteadas por Marvelweisser Inc. (en adelante, el “**Ciente**”). El Informe se centra única y exclusivamente en las cuestiones jurídicas suscitadas por dichas operaciones, sin entrar a valorar la conveniencia económica de las mismas.

El Informe se emite exclusivamente a favor de Marvelweisser Inc., tiene carácter confidencial y de comunicación abogado-cliente y no puede ser divulgado ni reproducido, total o parcialmente, sin el previo consentimiento por escrito del IdL Abogados, S.L.P.

## **2. ANTECEDENTES**

---

Marvelweisser es una marca internacional de cerveza con domicilio en Illinois (EE.UU) que formalizó el 25 de febrero de 2020 la compraventa de Kvothe, sociedad española dedicada a la producción de cerveza y que era propiedad de D. Alberto Montenegro. Dicha compraventa se llevó a cabo a través de una sociedad vehicular denominada Newco, participada al 50% por Marvelweisser y Chetae, socio financiero de Marvelweisser en España. La adquisición además fue financiada por la entidad de crédito Banksanva, en favor de la cual se otorgaron una serie de garantías. Tras la compraventa, D. Alberto, dada su experiencia y conocimiento del sector de actividad de Kvothe, fue nombrado consejero independiente de la sociedad adquirida. En esta operación, es especialmente relevante el hecho de que Kvothe tenía suscrito un contrato de distribución en exclusiva y por tiempo indefinido con Denna, sociedad española dedicada a la distribución de bebidas alcohólicas y que también era propiedad de D. Alberto Montenegro y que había suscrito a su vez, dentro del marco de las facultades que ostentaba en virtud de dicho contrato, determinados contratos de sub-distribución a nivel regional.

Pasado un tiempo desde el cierre de la operación descrita, los resultados económicos de Kvothe no son los esperados por los adquirentes, de modo que para reconducir la situación se convoca una reunión del consejo para decidir sobre una serie de cuestiones. Dicha reunión genera conflictos con D. Alberto Montenegro, quien comienza a realizar conductas contrarias a los intereses de Kvothe y genera desavenencias entre los socios de Newco. Además, algunas de las decisiones afectan directamente al sistema de contratos de distribución y sub-

distribución de los productos de Kvothe, por lo que se generan también conflictos con las contrapartes de estos.

### **3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS**

---

***Sobre las posibles acciones que podría ejercitar Denna frente a Kvothe en virtud del contrato de distribución suscrito con Kvothe y defensas de las que dispone Kvothe. Análisis del peor escenario en el que se podría encontrar Kvothe si decide terminar, en todo caso, el contrato suscrito con Denna.***

Para poder analizar esta cuestión, es necesario determinar en primer lugar la naturaleza del contrato suscrito entre Kvothe y Denna, ya que de ello dependerá en gran medida las acciones de que disponga Denna.

A nuestro juicio, el contrato en cuestión se configura como un contrato de agencia, y ello porque en él concurren los elementos distintivos propios de dicho contrato tal y como se definen en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia. En virtud del contrato, Denna se obliga frente a Kvothe, de manera continuada y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta y nombre de Kvothe, como intermediario independiente y sin asumir, en base a lo que se puede inferir, de la información aportada por el Cliente, el riesgo y ventura de dichas operaciones.

Una vez identificada la naturaleza del contrato que nos ocupa en este análisis, podemos afirmar que las acciones que Denna podría ejercitar frente a Kvothe son las siguientes, según se desprende de la propia LCA:

- **Indemnización por clientela:** se trata de la indemnización más característica del contrato de agencia, en virtud de la cual el agente, una vez extinguido el contrato de agencia, reclama al principal una indemnización por haber contribuido con su actividad a aumentar el número de clientes o de operaciones en favor de éste, de tal forma que el desempeño de las funciones del agente pueda continuar produciendo ventajas para el principal una vez extinguido el contrato. A través de esta indemnización se pueden reclamar también indemnizaciones derivadas de pactos de limitación de competencia, de comisiones perdidas o de otras circunstancias concurrentes. El importe de la indemnización no podrá exceder en ningún caso el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos 5 años o durante el período de duración del contrato, si éste fuera inferior.

Frente a esta reclamación, Kvothe podría tratar de argumentar que no se dan los requisitos previstos en la Ley (y reiterados por la jurisprudencia) para que proceda tal indemnización. Ello pasará por demostrar que la actividad de Denna desarrollada durante el período de vigencia del contrato no contribuyó de manera especialmente relevante a incrementar los clientes o las operaciones de Kvothe o que en ningún caso seguirá produciendo ventajas una vez extinguido el contrato. Además, Kvothe podrá alegar la inexistencia de pactos de no competencia o el hecho de que no se hubieran pactado comisiones como justificantes de la no procedencia de la indemnización.

- **Indemnización por daños y perjuicios:** en este caso, habida cuenta de la duración indefinida del contrato de agencia, Denna podrá alegar que le corresponde esta indemnización debido a la falta de preaviso sobre la extinción del contrato, todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 25 y 29 de la LCA.

Frente a esto, Kvothe podrá argumentar que, al menos por ahora, no se ha anunciado la terminación del contrato de agencia, sino que simplemente se ha convocado una reunión del Consejo de Administración sobre la conveniencia o no de acordar la resolución del mismo. De esta forma, en caso de acordar definitivamente la terminación del contrato, KVOTE podría proceder a comunicárselo a Denna cumpliendo con el plazo de preaviso legalmente establecido, de forma que no procedería la indemnización por daños y perjuicios con motivo de una vulneración del art. 25 LCA.

- **Reclamación de las cantidades previstas en la Disposición Adicional 1ª, punto sexto de la LCA:** esta disposición reconoce al agente, en caso de extinción del contrato, el derecho a percibir las siguientes cantidades en concepto de compensación o indemnización:
  - a) El importe correspondiente al valor de las inversiones específicas pendiente de amortización en el momento de la extinción del contrato.
  - b) Una indemnización por clientela que en ningún caso podrá ser inferior al importe medio anual de las ventas efectuadas por el proveedor al distribuidor durante los últimos cinco años de vigencia del contrato, o durante todo el período de vigencia del contrato si éste hubiese sido inferior.
  - c) Las indemnizaciones del personal laboral del que haya tenido que prescindir el distribuidor por la extinción del contrato.
  - d) Asimismo, en cualquier caso, de extinción del contrato, el proveedor vendrá obligado a adquirir del distribuidor todas aquellas mercancías que se hallen en poder de este último, al mismo precio por el que hubieren sido vendidas.

A todo lo anterior cabe añadir que, en caso de que la extinción del contrato pudiera venir motivada por algún incumplimiento contractual de Denna, Kvothe podría alegar esta circunstancia como motivo por el que Denna no deba percibir las indemnizaciones anteriores, conforme al artículo 30 a de la LCA. Del mismo modo, se podría alegar la prescripción del ejercicio de la acción en caso de que hubiera transcurrido un año, conforme al artículo 31 de la Ley del Contrato de Agencia.

En virtud de lo expuesto anteriormente, la peor situación para Kvothe sería una condena a pagar todas las indemnizaciones anteriores, lo que supondría un coste considerable derivado de la extinción anticipada del contrato.

***Sobre las posibles acciones que podrían ejercitar Kvothe y Newco frente a Don Alberto derivadas de su relación con Kvothe y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe.***

En cuanto a las acciones de las que disponen Kvothe y Newco frente a D. Alberto debemos distinguir dos grupos:

- (i) **Derivadas de la relación con Kvothe:** Tal y como informa el Cliente, D. Alberto Montenegro ostenta el cargo de consejero en el órgano de administración de Kvothe. Dada su condición de consejero, D. Alberto está sujeto a una serie de obligaciones previstas específicamente en la Ley de Sociedades de Capital (LSC), entre las que se encuentra el deber de lealtad del artículo 228. De la información proporcionada por el Cliente cabe entender que, con su conducta manifiestamente contraria a los intereses

de Kvothe, D. Alberto estaría vulnerando dicho deber de lealtad, al menos en lo que se refiere a los apartados b y e de dicho artículo.

Pues bien, en base a esta vulneración del deber de lealtad que debería respetar dada su condición de consejero, las acciones que podrían interponer Kvothe y Newco son:

- a) Acción de cese y de remoción de efectos: mediante la acción de cese se reclamaría el cese de la conducta de D. Alberto que vulnera el deber de lealtad en perjuicio de la sociedad, mientras que por vía de la acción de remoción de efectos se reclamaría tratar, en la medida de lo posible, de retrotraer el estado de las cosas a cómo se hallaban en el momento anterior a que se produjera la infracción. Se pretende, por tanto, terminar con la conducta dañina de D. Alberto y deshacer, en caso de ser posible, los efectos que esta hubiera tenido. Todo ello conforme al artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital.
  - b) Otra acción que podría emprenderse sería la del cese de D. Alberto como administrador de Kvothe en los términos del artículo 223 de la LSC. Dicha remoción del cargo deberá acordarse en la Junta General de la sociedad. En este caso, al ser Newco el socio único de Kvothe bastaría con consignar la decisión de apartar a D. Alberto de su cargo en un acta de consignación de decisiones del socio único con motivo de la existencia de claros conflictos de interés y vulneración del deber de lealtad.
  - c) De forma cumulativa a las anteriores, cabría reclamar responsabilidad a D. Alberto por vulnerar sus deberes como administrador en virtud del artículo 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Esta acción además se puede ejercitar por una doble vía, en ambos casos con plazo de prescripción de cuatro años:
    - Acción social de responsabilidad: en los términos del artículo 238 LSC. Deberá ser interpuesta por la propia Kvothe, por decisión del socio único y en defensa de los intereses de la propia sociedad.
    - Acción individual de responsabilidad: en los términos del artículo 241 LSC. En este caso, sería Newco la que en su condición de socia debería interponer la acción en caso de que entendiera que la conducta de D. Alberto hubiera perjudicado sus intereses particulares.
  - d) Por último, cabría interponer también la acción de indemnización por daños y la de enriquecimiento injusto, por los daños que la conducta del administrador pudiera haber causado al patrimonio social o por el enriquecimiento que el propio administrador hubiera ganado injustamente de resultados de su conducta desleal. El plazo de prescripción de la acción es de un año desde que pudo ejercitarse la acción.
- (ii) **Derivadas del contrato de compraventa:** en lo referente a las acciones derivadas del contrato de compraventa de Kvothe, el Código Civil recoge en su artículo 1.124 la posibilidad de que, en caso de que una de las partes incumpla sus obligaciones contractuales, la parte perjudicada pueda escoger entre exigir el cumplimiento del contrato o su resolución, con el correspondiente abono de la indemnización por daños y abono de intereses en su caso. El artículo 1.124 debe completarse con la referencia que hace el artículo 1.101 del Código Civil a la indemnización de daños y perjuicios, donde se establece que para que el perjudicado pueda ejercitar esta acción la parte incumplidora debe incurrir en un supuesto de dolo, culpa o morosidad. A ello habría

que añadir la posibilidad de ejercitar las reclamaciones que expresamente se incluyan en el contrato de compraventa. No obstante, no parece que haya elementos suficientes para que estas acciones prosperen.

***Sobre las posibles acciones que podría ejercitar Don Alberto frente a Newco, Chetae o la Sociedad como miembro del consejo de Kvothe.***

En respuesta a las acciones que Kvothe, Chetae y Newco pueden interponer contra D. Alberto por razón de su cargo, D. Alberto podría tratar de impugnar los acuerdos sociales por lo que se acuerda ejercitar dichas acciones. El motivo de impugnación más probable de entre los que recoge el artículo 204 LSC sería el que afirma que los acuerdos sociales impugnados son contrarios al interés de la sociedad, en la medida en que la presencia de D. Alberto en el consejo de administración puede resultar muy beneficiosa para la sociedad por su experiencia y conocimiento del negocio en cuestión, tal y como se desprende del hecho de que en el contrato de compraventa se pactara la permanencia de D. Alberto en la sociedad por un tiempo determinado dada su competencia profesional.

***Sobre el proceso debería de llevar a cabo Chetae para ejercitar la opción de venta.***

El derecho de opción es un negocio jurídico en virtud del cual una de las partes, denominada optante, obtiene la facultad de decidir unilateralmente sobre la celebración de un contrato dentro de un plazo determinado y, en ocasiones, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas, como ocurre en el caso que nos ocupa.

El procedimiento concreto para ejercitar la opción de venta suele venir descrito con detalle en el documento en el que se acuerda, por lo que lo más probable sea que haya que remitirse al pacto de socios para conocer el plazo en el que el optante debe comunicar su deseo de ejercitar la opción de venta, la forma en que habrá de hacerse y todas las demás condiciones del contrato de compraventa propiamente dicho.

En cualquier caso, para ejercer la opción de venta que le corresponde en virtud del contrato de socios, Chetae deberá, en primer lugar, acreditar que se cumple la condición suspensiva impuesta en el pacto de socios de que los resultados financieros de Kvothe en tres años consecutivos sean inferiores a lo establecido en el plan de negocio adjunto a dicho pacto, ya que, si no se cumple dicha condición, Chetae no estaría facultado para ejercer su derecho de opción de venta. Comprobado el cumplimiento de la condición suspensiva, y si la transmisibilidad de las acciones estuviera sujeta a la aprobación del Consejo de Administración, el ejercicio del derecho deberá comunicarse a éste para que otorgue su consentimiento. En caso contrario, al tratarse de una S.A., la transmisión de las acciones podrá realizarse libremente.

En el caso que nos ocupa, hay que tener en cuenta que los malos resultados económicos Kvothe (inferiores a los fijados en el plan de negocio) se han producido únicamente en un año, y no en los tres consecutivos que prevé el pacto de socios entre Chetae y Marvelweisser, de forma que en ningún caso podrá Chetae, al menos por el momento, ejercitar su derecho de opción de venta.

***Sobre el Derecho aplicable a la posible controversia derivada del ejercicio de la opción de venta.***

Respecto, al no haberse pactado expresamente el derecho aplicable habrá que acudir a los criterios del derecho internacional privado para determinar el derecho aplicable.

Comenzando por un análisis del Derecho de la U.E., y habida cuenta que la partes acordaron someter las disputas a los tribunales de Madrid, podría resultar aplicable el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 o Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las relaciones contractuales. Sin embargo, pese a que el caso que nos ocupa entraría dentro los ámbitos espacial, temporal y personal que abarca el Reglamento, lo cierto es que se excluye de su ámbito material los asuntos relacionados con el Derecho de sociedades (artículo 1.2.f). Los pactos de socios y las controversias que surgen en torno a ellos son consideradas cuestiones de derecho societario, por lo que el asunto que nos ocupa quedaría fuera del ámbito de aplicación del Reglamento.

A falta de otra norma de Derecho de la U.E. o de convenios bilaterales o multilaterales entre España y EE.UU. que regulen esta cuestión, debemos acudir a las normas del Código Civil. En este sentido, el artículo 10.5 establece que, en defecto de acuerdo expreso entre las partes y de una ley nacional común entre las partes o de un lugar de residencia habitual común, las obligaciones contractuales se regularán por la ley del lugar de celebración del contrato, que en este caso sería España. Por tanto, la ley aplicable sería la ley española.

### ***Sobre las acciones que puede interponer Espumas frente a la Marvelweisser.***

Tal y como y como se desprende de la información proporcionada por el Cliente, Denna, en virtud del acuerdo de distribución suscrito con Kvothe, se encuentra autorizada y apoderada expresamente para concertar con terceros, por nombre y cuenta de Kvothe, acuerdos de sub-distribución de los productos de Kvothe en los términos que considerase necesarios. En virtud de esta facultad, Denna celebró un acuerdo de sub-distribución con Espumas, en virtud de cual se concedía a esta el derecho de distribución en exclusiva de los productos de Kvothe en la zona de la Costa del Sol. En este sentido, Espumas ha mostrado su preocupación por la posible extinción del contrato de distribución entre Kvothe y Denna, y en especial por el impacto que ello pudiera tener en su contrato de sub-distribución celebrado con Denna. El contrato de distribución que nos ocupa, por tanto, es el suscrito por Espumas y Kvothe, por medio de Denna.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el contrato entre Espumas y Kvothe es independiente del suscrito entre Denna y Kvothe, por lo que en principio no habría motivo para pensar que la terminación de este último supusiera la terminación automática del primero. Por tanto, el contrato de Espumas con Kvothe seguiría desplegando plena eficacia aún cuando se acuerde poner fin al contrato con Denna. No obstante, si se decidiera dar por terminado también el contrato con Espumas, ésta podría ejercitar frente a Kvothe todas las reclamaciones que se derivan de la Ley del Contrato de Agencia por aplicación analógica de los artículos 28 y 30 de dicha ley (STS 829/2008, de 15 de enero de 2008), reclamaciones que ya detallamos anteriormente, pero en todo caso deberán dirigirse frente a Kvothe, que es quien es parte en el contrato de distribución, no frente a Marvelweisser. Descartadas, por tanto, las acciones puramente contractuales, la única opción de reclamación que podría ejercitar Espumas frente a Marvelweisser sería la de la responsabilidad extracontractual del art. 1.902 del Código Civil. Para que esta acción pudiera prosperar, Espumas debería acreditar que la actuación de Marvelweisser, al acordar la extinción del contrato de agencia con Denna y, consecuentemente, el de sub-agencia entre Denna y Espumas, no sólo le ha ocasionado un daño efectivo, sino además que este daño se deriva de una conducta culposa o negligente.

En cuanto a las posibilidades de éxito de esta reclamación, estimamos que son escasas, ya que si bien la terminación del contrato de distribución ocasionaría un daño económico incuestionable a Espumas, lo cierto es que probar el dolo o la negligencia en la hipotética conducta de Marvelweisser a la hora de optar por extinguir el contrato parece altamente

improbable, en la medida en que sería una opción fundada en un análisis económico y en pos del mejor interés de Kvothe.

***Sobre los posibles derechos de reclamación de Newco frente a D. Alberto Montenegro o Denna por no haber puesto en su conocimiento la existencia del contrato con Espumas de Marbella en el momento adecuado.***

Por norma general, en el proceso de *due diligence* previo a una compraventa de empresa se revisan todos los contratos que la empresa objetivo tiene en vigor para así poder determinar con precisión los potenciales riesgos que adquirirá el comprador y, en última instancia, para determinar el precio y demás condiciones de la operación.

Esta fase de *due diligence* es tan relevante que la práctica habitual es que en los contratos de compraventa de empresas se incluyan cláusulas de manifestaciones y garantías en las que el vendedor garantiza, entre otras cosas, que la información que se proporciona en la *due diligence* es toda la información relevante de la que se dispone y, además, que es veraz. En relación con esto, es también habitual que los contratos incluyan una serie de sanciones en caso de incumplir dichas manifestaciones y garantías o incluso que se retenga parte del precio hasta que transcurra un tiempo sin que se produzca ninguna contingencia que debió ponerse de manifiesto antes de celebrarse la compraventa. Por tanto, si estas cláusulas se hubieran incorporado al contrato de compraventa, Newco podría reclamar a D. Alberto todas las indemnizaciones previstas en el contrato.

Sin embargo, fuera de lo que estipule el propio contrato de compraventa, podría también optar por reclamar la responsabilidad contractual del 1.124 y 1.101 del Código Civil, pudiendo incluso reclamar la resolución del contrato con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Para que estas acciones prosperasen, deberá acreditarse que el vendedor o bien ocultó la existencia del contrato conociéndolo o bien debió, en un ejercicio mínimo de negligencia, conocerlo y poner en conocimiento del comprador al menos su existencia. En este sentido, si bien es cierto que la sociedad adquirida, Kvothe, no formaba parte como tal del contrato de sub-distribución celebrado entre Espumas y Denna, lo cierto es que indirectamente sí se veía afectado por él, ya que éste se celebró dentro del ámbito de las facultades otorgadas por Kvothe a Denna en el contrato de agencia celebrado entre ellos, de forma que para el comprador podría haber resultado relevante conocer la existencia del contrato de Espumas a efectos de valorar los riesgos o costes que podría implicar.

Respecto de la reclamación por vicios ocultos del artículo 1.484 del Código Civil, no sería una opción, ya que el plazo de 6 meses para ejercitarla habría transcurrido ya.

En cualquier caso, lo habitual es que el contrato de compraventa especifique claramente el tipo de información que se debió proporcionar en el momento de la *due diligence*, de forma que lo que dispusieran allí las partes podría resultar determinante a la hora de realizar cualquiera de las reclamaciones anteriores con éxito. Si el contrato de Espumas, conforme al contrato de compraventa debió al menos ponerse en conocimiento del comprador, éste podrá reclamar contra el vendedor tanto por los mecanismos especificados del propio contrato como por vía de la responsabilidad civil contractual.

***Sobre las consecuencias de la entrega de información a Espumas por parte de Don Alberto.***

La filtración de información por D. Alberto a Espumas supone una vulneración más del deber de lealtad que la LSC le impone dada su condición de administrador de Kvothe. En este caso concreto lo que se produce es una vulneración del artículo 228 b de la LSC, que obliga al administrador a "*guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a*

*los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.”*

La realización de esta conducta basta para ejercitar la acción de responsabilidad (social o individual), la acción de cesación y remoción de efectos, la reclamación de la indemnización de los daños que se hayan ocasionado en el patrimonio social e incluso la separación de D. Alberto de su cargo de administrador, todo ello en los términos descritos anteriormente en este informe.

***Sobre las cuestiones planteadas de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe:***

- ***Adopción de acuerdos por Don Tyler y Don Pablo pese a la ausencia de Don Alberto.***

Por una parte, la válida constitución de las reuniones del consejo de administración exige la presencia de la mayoría de los vocales (artículo 247 de la Ley de Sociedades de Capital). En relación con la interpretación de esta disposición en el ámbito del consejo integrado por un número impar de miembros, el RDGRN de 14 de marzo de 2016 entiende que se debe considerar que, para su válida constitución, bastará con que haya más miembros presentes que ausentes, por lo que, en el caso que nos ocupa, el consejo se podría reunir válidamente aún cuando D. Alberto decida no asistir. Por otra parte, respecto de la adopción de acuerdos, el artículo 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que “*en la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión*”. Es decir, que para la válida adopción de acuerdos en el consejo tendrán que votar a favor la mitad más uno de los integrantes del mismo, tal y como reafirma el RDGRN de 14 de marzo de 2016. Por tanto, en el caso que nos ocupa D. Tyler y D. Pablo, al ser mayoría absoluta, podrán adoptar acuerdos válidamente, aunque D. Alberto no asista a la reunión.

- ***Adopción de acuerdos por Don Tyler y Don Pablo pese a la comparecencia y voto en contra de Don Alberto.***

Si atendemos nuevamente al artículo 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital, la adopción de acuerdos por el consejo de administración requiere el voto favorable de la mayoría de los miembros del consejo de administración. En este caso, los votos favorables de D. Tyler y D. Alberto serían suficientes para que se diera la mayoría absoluta que exige la ley, por que el acuerdo podría adoptarse válidamente aún cuando D. Alberto comparezca y vote en contra en la reunión del consejo.

- ***Derecho de Don Alberto a comparecer a la reunión del consejo de administración.***

D. Alberto, dada su condición de consejero, tendría derecho a comparecer a la reunión del consejo. No obstante, lo cierto es que los hechos muestran que D. Alberto se encuentra en una situación manifiesta de conflicto de interés. En relación con esto, el artículo 228, c) de la Ley de Sociedades de Capital establece que el deber de lealtad que deben respetar todos los consejeros obliga al administrador que se encuentre en una situación de conflicto de interés, directa o indirecta, a abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones relacionadas con esa situación. En consecuencia, D. Alberto, en cumplimiento de su deber de lealtad, debería abstenerse de votar sobre la terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna.

Sobre esto, debemos matizar que este deber de abstenerse de votar por hallarse en una situación de conflicto de interés no aplica cuando la decisión que se vote se refiera al cese o

mantenimiento de D. Alberto como administrador. Por tanto, en ese caso D. Alberto podría votar sobre esa cuestión en específico.

- ***Adopción por el consejo de administración, pese a no estar en el orden del día, de un acuerdo para exigir responsabilidades a Don Alberto. Alternativas.***

La Ley de Sociedades de Capital establece en su artículo 238 que el órgano competente para exigir responsabilidad a los administradores es la junta general. Dicho acuerdo podrá ser adoptado a solicitud de cualquier socio con capacidad de solicitar la convocatoria de la junta (aquellos que ostentan, individual o conjuntamente, un 5% del capital social), aunque no conste en el orden del día. Ello implica que el consejo de administración no podrá, por sí solo, adoptar este tipo de acuerdo, sino que deberá convocar una junta general extraordinaria al efecto, donde el acuerdo deberá aprobarse por mayoría ordinaria. Lo anterior se refiere únicamente al ejercicio de la acción social de responsabilidad, quedando a salvo el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, que podrá ejercerse en sus propios términos.

### ***Sobre la situación de los 15 empleados que Denna, S.L. contrató procedentes de Kvothe Beer, S.A.***

De acuerdo con la información proporcionada por el Cliente, en el contrato de compraventa se pactó el traspaso de 15 empleados desde Kvothe a Denna. En un primer momento, podría parecer que dicha operación constituye un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, para que esto ocurriera, sería necesario que se estuviera transmitiendo una unidad productiva autónoma, entendida como un conjunto de elementos organizados que gocen de capacidad productiva autónoma y que, una vez transmitidos, puedan continuar explotándose en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de la transmisión. Si atendemos a la información que proporciona el Cliente, no parece que se esté trasladando una unidad productiva autónoma, sino simplemente varios trabajadores por cuestiones organizativa, y si bien es cierto que la jurisprudencia (STS 4470/2008, de 17 de junio de 2008) ha tratado en varias ocasiones como sucesión de empresa supuestos en los que se ceden solamente trabajadores en empresas dedicadas a sectores en los que la mano de obra goza de tal importancia que por sí misma podría constituir una unidad productiva autónoma, lo cierto es que en el sector de la distribución son también imprescindibles otros elementos como instalaciones, vehículos, u otros recursos, por lo que incluso planteando una posible adhesión a dicha línea jurisprudencial, no cabría entender que hay una sucesión de empresa.

Descartada la opción anterior, debemos plantearnos si nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, y teniendo en cuenta que Don Alberto pretende que en caso de extinguirse el contrato de distribución entre Kvothe y Denna los trabajadores regresen a Kvothe, podría pensarse que lo que se acordó en el contrato de compraventa respecto de los 15 empleados de Kvothe era una mera puesta a disposición de trabajadores, encubierta tras un contrato laboral celebrado con Denna. Si efectivamente Denna hubiera contratado a los trabajadores, la extinción del contrato con Kvothe no debería implicar la vuelta de los trabajadores a dicha sociedad, debiendo permanecer en Denna aún cuando el volumen de actividad se redujera notablemente como consecuencia de lo anterior. Por el contrario, la reclamación que realiza Don Alberto puede hacer sospechar que lo que se acordó en su momento no era más que una puesta a disposición de trabajadores encubierta para desempeñar las funciones derivadas del contrato con Kvothe, pasando los empleados a estar bajo la dirección plena de Denna, pero con la condición de que se mantuviera constante la actividad para cual se cedieron los trabajadores.

En cuanto a los riesgos que implica lo anterior, cabe destacar que la declaración como ilegal de una cesión de trabajadores implica un régimen de responsabilidad solidaria entre la empresa cedente y la cesionaria respecto de las deudas contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás sanciones y responsabilidades, incluso penales, que en su caso se impongan. Además, los trabajadores afectados tendrán derecho a pasar tener la condición de empleados fijos en la empresa cedente o la cesionaria, quedando esto a su elección. Todo ello queda regulado expresamente en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

### **Sobre la Hipoteca que grava el inmueble de Kvothe.**

En relación con esta cuestión, el Cliente ha recibido una comunicación de Banksuisse, entidad bancaria con la que Kvothe tiene suscrita una línea de *working capital*, en la que se pregunta por la situación patrimonial de Kvothe y se manifiesta sorpresa al haber tenido conocimiento de la constitución de una hipoteca sobre el inmueble ubicado en Torreldones en garantía del préstamo concedido por Banksanva para la adquisición de Kvothe. Banksuisse afirma que dicha hipoteca no es conforme a derecho. Además, la escritura de la hipoteca se encuentra a día de hoy pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad.

En relación con esto, debemos distinguir entre dos tipos de problemas que podrían afectar a esta hipoteca:

- **Defectos formales:** estos defectos se relacionan con la falta de inscripción de la escritura de hipoteca, lo cual puede plantear dudas sobre la oponibilidad de la hipoteca frente a terceros. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre los efectos de la inscripción registral de la hipoteca, afirmando reiteradamente su carácter constitutivo (STS de 3 de junio de 2016; STS de 7 de noviembre de 2017). No obstante, pese a esta afirmación, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha tendido a reconocer la existencia de las hipotecas no inscritas, si bien limitado su eficacia frente a terceros. En este sentido, la tendencia jurisprudencial nos lleva a la conclusión de que la hipoteca no inscrita, siempre que se haya constituido conforme a Derecho, existe y es oponible entre las partes y frente a terceros de mala fe, es decir, terceros que o bien conocían la existencia de la hipoteca o bien diligentemente debieron conocerla. Ello se debe a que, si bien la inscripción da publicidad dota de plena eficacia y efectos a la hipoteca, lo cierto es que la inscripción no es lo que constituye la hipoteca. Esto sucede cuando las partes, en un ejercicio de disposición, celebran un contrato que se plasma en escritura pública, momento en el cual nace la hipoteca, si bien con eficacia limitada.

A la vista de lo anterior, Marvelweisser puede tener la certeza de que la hipoteca se encuentra válidamente constituida, si bien su eficacia es limitada. Al no hallarse inscrita por el momento, la hipoteca únicamente será oponible frente a las partes (Banksanva) y frente a terceros de mala fe. En este sentido, Banksuisse es un tercero que ha manifestado tener conocimiento de la existencia de la hipoteca, por lo que si realizara cualquier reclamación en relación con ella (fuera de las que esté legitimado para ejercitar en los términos del contrato de *working capital* suscrito con Kvothe) se lo podría considerar como tercero de mala fe, por lo que la hipoteca, aún no estando inscrita en el Registro de la Propiedad, sería oponible frente a él. En cualquier caso, lo recomendable es procurar la inscripción de la hipoteca lo antes posible para que así ésta sea oponible frente a cualquier tercero y despliegue toda su eficacia también en cuando a una posible ejecución por parte del acreedor pignoraticio.

- **Defectos materiales:** este problema se relaciona concretamente con la posibilidad de que la constitución de esta hipoteca constituya un supuesto de asistencia financiera prohibida en los términos de la Ley de Sociedades de Capital, ya que se está dando un

inmueble propiedad de Kvothe en garantía de una financiación destinada a la adquisición de esa misma sociedad. Si ese fuera el caso, el negocio jurídico resultaría nulo.

La Ley de Sociedades de Capital prohíbe que las Sociedades Anónimas anticipen fondos, concedan financiación, otorguen garantías o asistan financieramente de cualquier otra forma para la adquisición de sus propias acciones o de las acciones o participaciones de su sociedad dominante por un tercero. En el caso que nos ocupa, en el momento de obtener la financiación de Banksanva para la adquisición de Kvothe, se otorgó una promesa de hipoteca sobre un inmueble de dicha sociedad con la finalidad de garantizar la financiación. Pese a que la promesa de hipoteca no constituyera en un primer momento, de facto, una garantía propiamente dicha, lo cierto es que tras el cierre de la operación de adquisición se terminó constituyendo la hipoteca sobre dicho bien. Esto, por tanto, constituye un supuesto de asistencia financiera prohibida, ya que, aunque la hipoteca se constituyera con posterioridad a la adquisición, lo cierto es que Kvothe estaría otorgando una hipoteca para garantizar una financiación destinada a la adquisición de sus propias acciones.

Para evitar las consecuencias propias de la vulneración de la prohibición de asistencia financiera, es decir, la nulidad del negocio jurídico, la fórmula más habitual es la que se conoce como *forward merger*, en virtud de la cual la sociedad adquirente y la adquirida se fusionen con posterioridad a la compraventa, de modo que sus patrimonios se confundan y se destine indistintamente al repago de la deuda contraída. Esta operación debería realizarse por la vía del artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Para ello, el artículo 35 establece una serie de requisitos: (a) elaborar un proyecto de fusión que incluya los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos de la *target*; (b) un informe de los administradores sobre el proyecto de fusión que justifique de la adquisición del control o de los activos de la *target* y la operación de fusión posterior, además de incluir un plan económico y financiero; y (c) un informe de expertos sobre el proyecto de fusión que contenga un juicio sobre la razonabilidad de los informes y proyectos anteriores, determinando si existe asistencia financiera.

### **Recomendaciones sobre la estrategia legal a seguir.**

Como conclusión del Informe, se incluye a continuación un resumen de la estrategia legal a seguir en atención a las cuestiones planteadas.

En primer lugar, respecto de las potenciales reclamaciones de Denna frente a Kvothe en caso de que finalmente se decida poner fin al contrato de distribución, estimamos que las probabilidades de éxito de las mismas son considerablemente altas, y en especial respecto de la indemnización por clientela. Frente a esto, recomendamos a Kvothe seguir la estrategia de defensa expuesta en el punto primero del Informe, si bien no hay garantías de que el conflicto se resuelva de forma plenamente satisfactoria a su favor.

Respecto de D. Alberto, entendemos que existen indicios más que suficientes para entender que ha vulnerado su deber de lealtad en relación con Kvothe. En consecuencia, entendemos que las acciones que podrían ejercitarse contra él desde la sociedad tienen altas probabilidades de prosperar. Ahora bien, respecto de la acción de cese del cargo de administrador, habrá que valorar la importancia de la implicación de D. Alberto en la administración de la sociedad en atención a su experiencia y conocimiento de la sociedad y su actividad. Por tanto, si bien recomendamos ejercitar todas las demás acciones para reclamar responsabilidad a D. Alberto, entendemos que es necesario valorar con mayor

detenimiento si es útil retirarle el cargo de administrador. Del mismo modo, recomendamos ejercitar todas las reclamaciones mencionadas con el informe en relación con la ocultación del contrato con Espumas, ya sea por vía de lo pactado en el contrato o por vía de las reclamaciones legalmente previstas.

Por otra parte, Marvelweisser puede estar tranquilo en relación con posibles reclamaciones de Espumas por una potencial extinción de su contrato de distribución, ya que todas las acciones que se deriven de ello deberían dirigirse contra Kvothe. Asimismo, puede estar tranquilo respecto del posible ejercicio del derecho de opción de venta de Chetae, ya que, por el momento, no se cumple la condición suspensiva que se prevé en el pacto de socios.

En relación con los trabajadores que se trasladaron a Denna, ya hemos detallado anteriormente los motivos por los que estimamos que podría existir riesgo de una cesión ilegal de trabajadores. Para evitarlo, recomendamos rechazar en todo caso la vuelta de los trabajadores de Denna, ya que éstos tienen con ella una relación laboral que deberá conservarse aún en caso de extinción del contrato con Kvothe. Ello contribuirá a reducir las sospechas sobre la existencia de la cesión ilegal.

Por último, respecto de la hipoteca, recomendamos en primer lugar acelerar todo lo posible los trámites de inscripción en el registro de la propiedad oportuno a fin de que la hipoteca adquiera plena eficacia frente a terceros y pueda ejecutarse con facilidad en caso de necesidad. Por otra parte, y a fin de evitar en un supuesto de infracción de la prohibición de asistencia financiera, recomendamos, tal y como mencionamos anteriormente, fusionar Newco con Kvothe, a fin de que sus patrimonios se confundan y se logre salvar la prohibición al ser el patrimonio conjunto de las dos sociedades el que garantice la financiación destinada a adquirir Kvothe.

#### **4. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

---

Nuestra participación en las operaciones descritas en el presente Informe se ha limitado a nuestro papel de asesores legales en Derecho español de Marvelweisser Inc. En consecuencia, no asumimos ninguna obligación de asesorar bajo ninguna otra ley ni a ninguna otra parte de los cambios de ley o hechos que pudieran ocurrir después de la fecha de emisión de este informe. No hemos investigado y, salvo lo que se indica específicamente en este documento, no hemos hecho ningún comentario con respecto a ningún hecho o declaración proporcionados por el Cliente. El presente dictamen se limita exclusivamente a las cuestiones expresamente mencionadas en el mismo, de modo que no puede inferirse la existencia de opiniones implícitas con respecto a otras cuestiones o asuntos.

Desde la fecha de emisión del presente Informe en adelante, no aceptamos ninguna obligación de actualizar su contenido a la luz de los cambios que puedan surgir en la legislación española aplicable, la práctica judicial o de otro tipo.

#### **5. DIFUSIÓN**

---

Este Informe no podrá ser utilizado por personas o entidades distintas de los destinatarios sin nuestro consentimiento previo por escrito, y no podrá ser transcrito, referido en ningún documento, ni transmitido a ninguna persona sin nuestro consentimiento expreso por escrito.

A efectos meramente informativos, se podrá proporcionar una copia de este Informe únicamente a (a) sus asesores profesionales, auditores, aseguradores y reguladores, (b) cualquier persona a la que se le exija la divulgación por ley, orden judicial o las normas o

regulaciones obligatorias de cualquier autoridad supervisora o reguladora competente. No aceptamos ninguna responsabilidad legal con respecto a cualquier persona a la que se le comunique el Informe en virtud de este párrafo o de cualquier otro modo.

Esperamos que el presente Informe sea de su conformidad. En caso de requerir cualquier aclaración o información adicional, no dude en ponerse en contacto con IdL Abogados, S.L.P. a través del D. Ignacio de Loyola García García, en la dirección de correo electrónico [ideloyola@idl.com](mailto:ideloyola@idl.com) o el teléfono +34 91 352 56 10.

Atentamente,

**IdL Abogados, S.L.P.**

En Madrid, a [•] de enero de 2022.