



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA



Facultad de Derecho

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO DE LA
EMPRESA**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**INFORME SOBRE CUESTIONES PLANTEADAS Y
ESTRATEGIA LEGAL A SEGUIR POR MARVELWEISSER,
INC. EN EL SUPUESTO DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES
DE KVOTHE BEER, S.A.**

Autor: Álvaro Gutiérrez Alfayate

Madrid, enero de 2022

GUTIÉRREZ ABOGADOS, S.L.P.

De: GUTIÉRREZ ABOGADOS, S.L.P.

Para: MARVELWEISSER, INC.

En Madrid, a 10 de enero de 2022.

ÍNDICE

Introducción.....	4
Antecedentes	4
Análisis de las cuestiones planteadas	4
1. Sobre las posibles acciones que puede interponer DENNA, S.L. en virtud del contrato con KVOTHE y defensas que dispone KVOTHE. Análisis del peor escenario para KVOTHE si decide terminar el contrato con DENNA.	4
2. Sobre las posibles acciones que pueden interponer KVOTHE y NEWCO BUYER frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con KVOTHE y aquellas derivadas del contrato de compraventa con KVOTHE.....	7
3. Sobre las posibles acciones que D. Alberto Montenegro puede interponer frente a NEWCO BUYER, CHETAE o MARVELWEISSER como miembro del consejo de KVOTHE.....	8
4. Sobre el contrato de socios de NEWCO BUYER suscrito con CHETAE contiene una opción de venta ejecutable por CHETAE que le permite vender todas sus participaciones de NEWCO BUYER a MARVELWEISSER cuando los resultados de KVOTHE son inferiores en tres años. .9	
a) El proceso de CHETAE para ejercitar la opción de venta	9
b) Sobre el Derecho aplicable al ejercicio de la opción de venta	9
5. Sobre las complicaciones del contrato con ESPUMAS DE MARBELLA, S.A.	10
a) Sobre las acciones que puede interponer ESPUMAS DE MARBELLA frente a MARVELWEISSER.	10
b) Dado que la existencia del contrato entre KVOTHE BEER, S.A. y ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. no se puso de manifiesto durante el proceso de compra de KVOTHE BEER, S.A. porque, según parece, dicho contrato estaba en poder de DENNA, S.L. y no había sido entregado a NEWCO BUYER, S.L. durante el proceso de revisión legal de KVOTHE BEER, S.A., si dicho hecho puede otorgar a favor de NEWCO BUYER, S.L. algún derecho de reclamación frente a D. Alberto Montenegro o DENNA, S.L.	11
c) Sobre si la entrega de información a ESPUMAS DE MARBELLA por D. Alberto Montenegro tiene alguna consecuencia.....	12
6. Sobre el consejo de KVOTHE BEER celebrado el 30 de noviembre de 2021.....	12
a) Sobre si D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro	12
b) Sobre si D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día.....	13
c) Sobre si D. Alberto Montenegro tiene plenos derechos a comparecer en el consejo dada la situación	13

GUTIÉRREZ ABOGADOS, S.L.P.

- d) Sobre si el Consejo puede adoptar, pese a no estar en el orden del día, un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro. En el caso de que la respuesta a esa pregunta sea negativa, el abogado de MARVELWEISSER, INC. querría saber qué alternativas tiene MARVELWEISSER, Inc. para emprender una acción legal ante D. Alberto Montenegro a raíz de su actitud. 13
7. Respecto a los 15 empleados que D. Alberto Montenegro ha mencionado en su burofax, cuál es la situación de KVOTHE BEER, S.A. y qué riesgos conlleva lo realizado en su momento. 14
8. Sobre la necesidad de comprender el impacto de la afirmación de BANKSUISSE, S.A. sobre la hipoteca. La escritura de hipoteca está pendiente de inscripción el Registro de la Propiedad, qué impacto puede tener lo que indica BANKSUISSE, S.A. para la inscripción de la hipoteca, para su validez y para la operación en su conjunto. 14
9. Estrategia legal a seguir por MARVELWEISSER, INC. 15

Introducción

El presente Informe analizará de forma pormenorizada las cuestiones jurídicas planteadas por MARVELWEISSER, INC.

El Informe dará respuesta a una serie de cuestiones relacionadas con la adquisición por esa compañía de la mercantil KVOTHE BEER, S.A. y las consecuencias derivadas de las cuestiones planteadas, así como la estrategia legal a seguir frente a las consecuencias que se planteen. El presente informe tiene carácter confidencial, quedando expresamente prohibida su divulgación y reproducción.

Antecedentes

En 1996, D. Alberto Montenegro fundó una empresa cervecera denominada KVOTHE BEER, S.A. Dado su gran éxito, constituyó otra sociedad paralela, DENNA, S.L. dedicada a la distribución de bebidas alcohólicas. Ambas suscriben un contrato de duración indefinida en la que DENNA, S.L. cuenta con la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros en España.

A finales de 2018, MARVELWEISSER, Inc. muestra interés en la adquisición de KVOTHE BEER, S.A., por lo que decide constituir junto con la sociedad española CHETAE, S.L. la también mercantil española NEWCO BUYER, S.L. para afrontar dicha adquisición con la solicitud de un préstamo de una entidad financiera. Como parte de los acuerdos de compraventa, quince empleados de KVOTHE BEER, S.A. pasaron a estar empleados por DENNA, S.L.

Debido a los malos resultados acontecidos en el año 2020, se generaron tensiones en el seno del Consejo de Administración de KVOTHE BEER, S.A. Fue convocado de urgencia un Consejo de Administración que desató el enfado de D. Alberto Montenegro, consejero independiente, en el que amenaza con emprender medidas legales en caso de cancelación del contrato con DENNA, S.L. Además, fue filtrada en el mercado información de la sociedad lo que ha llevado a clientes como ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. y el banco BANKSUISSE, S.A. con el que se tiene una línea de financiación a preguntar por la situación de sus contratos y créditos respectivamente.

Análisis de las cuestiones planteadas

1. Sobre las posibles acciones que puede interponer DENNA, S.L. en virtud del contrato con KVOTHE y defensas que dispone KVOTHE. Análisis del peor escenario para KVOTHE si decide terminar el contrato con DENNA.

DENNA, S.L. suscribió un acuerdo con KVOTHE BEER, S.A. en exclusiva y por tiempo indefinido, que le permite cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de KVOTHE BEER, S.A. en todo el territorio nacional de España, y autorizada y apoderada para contratar con terceros acuerdos de sub-distribución de los productos de KVOTHE BEER, S.A. en los términos que considerase necesario. Se trata, por tanto, de un contrato de agencia, concordando dicha situación jurídica con lo expuesto en el artículo 1 de la Ley de Contrato de Agencia (LCA). Analógicamente, para responder a esta cuestión, serán de aplicación las normas del Código Civil (CC) y del Código de Comercio (CCom). Paralelamente, se complementará este análisis con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) para resolver la cuestión planteada.

En primer lugar, como expresa la Sentencia del TS (STS), Sala Primera, de 15 de enero de 2008: *“La posibilidad de que los contratos de concesión o distribución, por tiempo no solo indefinidos sino determinados, generen por su extinción el derecho del concesionario o distribuidor a una compensación económica a cargo del concedente o fabricante por la clientela ganada gracias al esfuerzo empresarial del primero y de la que puede aprovecharse el segundo tras la extinción del contrato, se ha reafirmado en varias*

ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala (p.ej. SSTS 21-11-05,5-5-06,22-3-07,20-7-07 y 31-7-07)."

Establece, además, que para que se produzca la indemnización del art. 28 LCA, debe ser probada la efectiva aportación de clientela y aprovechamiento por el concedente, debiendo ser ponderado por los tribunales, no solo con un criterio cuantitativo, sino en otros aspectos como la integración en una red comercial que genere efectos positivos. En consecuencia, se sigue manteniendo como doctrina del Tribunal Supremo la posible procedencia de compensación por clientela al extinguirse los contratos de concesión, distribución o agencia.

Se debe tener en cuenta, también, el efecto de la existencia o no de preaviso. Sobre la ausencia de preaviso, la Sala Primera del TS afirma en su sentencia 569/2013 de 8 de octubre de 2013, que, en supuestos de contratos de distribución de larga duración, el preaviso constituye una exigencia de la buena fe que debe imperar en las relaciones mercantiles. Como recuerda la STS 480/2012, de 18 de julio, en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida (STS 130/2011, de 15 marzo). Por su parte, el deber de lealtad exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación. Recalca, además, que la falta del debido preaviso, si bien no impide la extinción del vínculo, sí puede dar lugar a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. (STS 130/2011, de 15 de marzo, que reitera la anterior sentencia 1009/2005, de 16 de diciembre).

En el presente caso, aunque en sí misma la resolución de la relación contractual es razonable en atención a los legítimos intereses del comitente frente a una bajada ostensible de la facturación de su distribuidor, sin embargo la falta de preaviso, que permitiera a la distribuidora reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión. En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, el preaviso debería haber sido de, al menos, seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que, aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente. Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia.

Resulta, por tanto, que la resolución del contrato puede llevarse a efecto con un preaviso mínimo de seis meses. En este caso, no sabemos cuándo se firmó el contrato, pero al tener KVOTHE BEER, S.A. más de 25 años de antigüedad, entendemos que el contrato fue suscrito hace más de seis años, que marca el límite máximo de seis meses.

Por tanto, la acción que puede interponer **DENNA, S.L.** en virtud del contrato de distribución suscrito con KVOTHE BEER, S.A. sería la denuncia de la resolución unilateral del contrato basada en las siguientes premisas;

- (i) solicitando una **indemnización por clientela**, al amparo de lo dispuesto en el art. 28 LCA, por haber contribuido al incremento del número de clientes o generar ventajas una vez finalizado el contrato. Esta indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por DENNA, S.L. durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior, que no es el caso.

GUTIÉRREZ ABOGADOS, S.L.P.

- (ii) **indemnización por daños y perjuicios** que obligue a KVOTHE BEER, S.A. al pago de los gastos que DENNA, S.L. no haya podido amortizar, siempre que se haya incurrido en los mismos por orden expresa del empresario, al amparo de lo dispuesto en el art. 29 LCA. De igual manera, podrá solicitarse indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de preaviso sobre la extinción del contrato, de acuerdo con el art. 25 LCA, y
- (iii) **reclamación de las cantidades** recogidas en la Disposición Adicional Primera, apartado 6 LCA, **en concepto de compensación o indemnización** por:
 - 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.

En **defensa de KVOTHE BEER, S.A.** frente a las posibles acciones que puede interponer DENNA, S.L., como ya hemos dicho anteriormente y recuerda la STS 480/2012, Sala Primera, de 18 de julio de 2012, las partes ligadas por contratos de duración indefinida pueden desvincularse unilateralmente, pero, a quien ejerza esta opción sin causa, el deber de lealtad le exige que preavise del desistimiento conforme a lo establecido en el art. 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación.

Si, como decimos, la resolución unilateral de un contrato es lícita y el preaviso innecesario, la resolución contractual de forma sorpresiva e inopinada que prive al contrario de un margen de reacción, que tendría de mediar preaviso, se entiende por la jurisprudencia española como un ejercicio abusivo de derecho o conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio del derecho que debe dar lugar a que quien resuelva unilateralmente el contrato tenga que indemnizar si causa daños y perjuicios. En este sentido se pronuncia la STS 130/2011, Sala Primera, de 15 de marzo, reiterando la 1009/2005, de 16 de diciembre. También la STS 569/2013, Sala Primera, de 8 de octubre, añade respecto al tiempo con que debió mediar dicho preaviso que, dada la duración de la relación contractual, debió haberse producido con 6 meses de antelación por analogía con los plazos que marca el art. 25 LCA, lo que hubiera permitido al distribuidor reorientar su actividad comercial y, existe un daño (emergente) indemnizable, para cuyo cálculo debe tenerse en cuenta el precio de adquisición del producto.

En segundo lugar, otro argumento que podría esgrimirse para la defensa de KVOTHE BEER, S.A. sería la **bajada ostensible de sus de ventas** en el ejercicio 2020, que han disminuido por debajo del 60% de las obtenidas en 2019. Si este aspecto estuviera contenido en el contrato, no tendría por qué haber derecho a indemnización alguna. Aunque también es cierto que esa bajada de ventas se ha producido en plena pandemia, lo que puede ser, y sin duda será, un argumento a utilizar por DENNA, S.L. en su defensa.

En tercer lugar, también podría aducirse que la actividad de **DENNA, S.L. no aportó nuevos clientes** o incrementó sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tal como exige el art. 28 LCA para que tenga derecho a una indemnización, si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a KVOTHE BEER, S.A.

En cuarto lugar, frente a la indemnización por daños y perjuicios, **KVOTHE BEER, S.A. puede argumentar que no ha terminado el contrato con DENNA, S.L.**, sino que solamente se ha convocado al Consejo de Administración para decidir acerca de la

resolución del mismo. De esta forma, en caso de decisión favorable a la resolución del contrato, se cumpliría con el plazo de preaviso, no dando lugar a tal indemnización.

El **peor escenario** que se encontraría KVOTHE BEER, S.A. si decidiese resolver el contrato suscrito con DENNA, S.L., sería una **resolución judicial que le obligaría a ésta a indemnizar por clientela**, al amparo de lo dispuesto en el art. 28 LCA, indemnización que no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por DENNA, S.L. durante los últimos cinco años del contrato. La STS 356/2016, Sala Primera, de 30 de mayo, matiza que, aunque hay jurisprudencia que considera aplicable al contrato de distribución la indemnización por clientela prevista en el art. 28 LCA, esa misma jurisprudencia la calcula no sobre las comisiones (retribuciones) percibidas por el agente, sino sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor (esto es, sobre los beneficios una vez descontados gastos e impuestos).

2. Sobre las posibles acciones que pueden interponer KVOTHE y NEWCO BUYER frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con KVOTHE y aquellas derivadas del contrato de compraventa con KVOTHE.

Debemos comenzar el análisis exponiendo que los socios, accionistas y acreedores de una sociedad anónima o limitada tienen dos vías posibles en el ámbito procesal para exigir responsabilidades a sus administradores. Estas dos vías procesales son: (i) la acción individual de responsabilidad, cuando el patrimonio que haya resultado dañado haya sido el de los socios o un tercero, y (ii) la acción social de responsabilidad, por daños causados al patrimonio de la sociedad.

La acción individual de responsabilidad por daños, prevista en el art. 236.1 LSC, establece que 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, presumiéndose la culpabilidad, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

Es necesario poner de relieve en este punto que los deberes de los administradores establecidos en los arts. 225 a 228 LSC obligan a estos a desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario, con subordinación de su interés particular al interés de la empresa, y lealtad, actuando de buena fe y siempre en el mejor interés de la sociedad.

Dentro de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad a que se refiere el art. 228 LSC, se encuentra lo dispuesto el apartado c) por el cual, el administrador está obligado a abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada a él tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto, excluyéndose de la anterior obligación los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado, y también lo dispuesto en el apartado e): *“Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”*.

Ambas sociedades KVOTHE BEER, S.A. y NEWCO BUYER, S.L., en conjunto, pueden interponer una acción social de responsabilidad frente a D. Alberto Montenegro por los daños causados. Asimismo, cada una de ellas, individualmente, podrá interponer una acción individual de responsabilidad con el objetivo de reparar los daños que hayan afectado directamente a sus intereses sociales.

La acción individual de responsabilidad.

La acción individual de responsabilidad, regulada en el art. 241 LSC es el mecanismo judicial por el que **los socios (NEWCO BUYER, S.L.)** o un tercero que haya visto perjudicado su patrimonio por un acto ilícito del administrador de una sociedad, pueda **obtener una indemnización**, que le resarza del perjuicio patrimonial sufrido. Debe existir un nexo causal entre la conducta negligente del administrador y el daño sufrido por los socios o un tercero. La **legitimación activa** de esta acción corresponde solamente a los **socios o terceros perjudicados** por un daño directo en su patrimonio causado por los administradores.

La acción social de responsabilidad.

La acción social de responsabilidad, regulada en el art. 238 LSC, protege y defiende el patrimonio de la sociedad frente a daños producidos por el incumplimiento de los deberes de los administradores, que generen un daño patrimonial a la sociedad. Debe existir un nexo causal entre la conducta antijurídica de los administradores y el daño que ha sufrido la sociedad.

Están **legitimados** para el ejercicio de esta acción contra los administradores, (i) **la sociedad (KVOTHE BEER, S.A.) previo acuerdo de la junta general**, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. El acuerdo se adoptará por mayoría ordinaria y, si se adopta determinará la destitución del administrador afectado, tal como dispone el art. 238 LSC; (ii) **subsidiariamente por los socios que representen más del cinco por ciento del capital social (NEWCO BUYER, S.L.)**; y (iii) por los **acreedores sociales** titulares de créditos que se verían afectados con la disminución del patrimonio de la sociedad, cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios.

Las acciones anteriormente citadas no obstan al ejercicio de las siguientes acciones por infracción del deber de lealtad:

- **Cese y remoción de efectos** por vulneración del deber de lealtad de D. Alberto Montenegro y tratar de retrotraer mediante la acción de remoción de efectos al estado inmediatamente anterior a que se produjera la infracción.
- **Cesar** a D. Alberto Montenegro en su cargo de administrador de KVOTHE BEER, S.A., en virtud del art. 223 LSC, mediante un acta de decisiones del socio único de KVOTHE BEER, S.A.
- **Acción de indemnización por daños y enriquecimiento injusto** derivados de la conducta del administrador, generadora de un perjuicio a la sociedad y de un enriquecimiento injusto para su propia persona.

Paralelamente, en relación con el contrato de compraventa, al haberse producido un incumplimiento contractual, la parte perjudicada podrá optar, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124 CC, entre exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo con el abono de daños e intereses, siempre y cuando la parte contraria haya actuado con dolo, culpa o negligencia de acuerdo con el art. 1101 CC.

3. Sobre las posibles acciones que D. Alberto Montenegro puede interponer frente a NEWCO BUYER, CHETAE o MARVELWEISSER como miembro del consejo de KVOTHE.

La legislación española obliga a los administradores de una sociedad a desempeñar el cargo en defensa del interés social y no particular o de personas vinculadas. **Ante un conflicto de intereses, el administrador debe abstenerse de intervenir en la adopción de los acuerdos en conflicto y, en caso de no estar de acuerdo con las decisiones adoptadas, cesar como administrador de la sociedad.**

GUTIÉRREZ ABOGADOS, S.L.P.

La Ley prohíbe al administrador utilizar a las personas vinculadas a que se refiere el art. 231 LSC, ni dejarse utilizar por las personas vinculadas para ejercitar cualquiera de las conductas señaladas en el art. 229.1 LSC. El apartado 3 de este último artículo citado regula esta situación, estableciendo el deber de los administradores de comunicar cualquier situación de conflicto, tanto directo como indirecto.

Para poder entablar acciones contra cualquier sociedad de las intervinientes en la operación de venta, **D. Alberto Montenegro deberá cesar de su cargo de administrador** de KVOTHE BEER, S.A. porque, como administrador, tiene obligación de guardar lealtad a su sociedad y evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad, como establece el art. 228 LSC.

Con relación al contrato entre KVOTHE BEER, S.A. (de la que D. Alberto Montenegro es administrador) y DENNA, S.L. (de titularidad de D. Alberto Montenegro), por el que esta última tenía de forma indefinida en el tiempo la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de aquella en todo el territorio nacional de España, **D. Alberto Montenegro debe abstenerse de participar en la deliberación y fallo de decisiones entre ambas sociedades**, por conflicto de intereses y, en caso de conflicto legal, cesar como administrador.

Contra NEWCO BUYER, S.L., CHETAE, S.L. o MARVELWEISSER, INC., no hay acción alguna que ejercitar, por cuanto la relación de DENNA, S.L. es con KVOTHE BEER, S.A. y no con el resto de sociedades.

Lo más que podría hacer D. Alberto Montenegro como miembro del consejo es, a nuestro juicio, **impugnar** los acuerdos sociales, en virtud de lo dispuesto en el art. 204 LSC, por ser contrarios al interés de la sociedad, haciendo valer su posición de privilegio en el consejo dado el gran conocimiento que tiene de la sociedad y de que en el contrato de compraventa se acordó el mantenimiento de D. Alberto Montenegro en la misma.

4. Sobre el contrato de socios de NEWCO BUYER suscrito con CHETAE contiene una opción de venta ejecutable por CHETAE que le permite vender todas sus participaciones de NEWCO BUYER a MARVELWEISSER cuando los resultados de KVOTHE son inferiores en tres años.

a) El proceso de CHETAE para ejercitar la opción de venta

En primer lugar, **para ejercitar la opción de venta debe darse una condición fundamental**, como es que los resultados de KVOTHE BEER, S.A. sean inferiores a los pactados en los tres ejercicios anteriores a la fecha de la opción de venta.

Cumplida esta premisa imperativa, debe notificarse al concedente o comprador, que ya ha manifestado su voluntad de comprar en el pacto de socios, y perfeccionar la compraventa mediante escritura pública, por el precio y las condiciones pactadas en dicho pacto. En este caso, los resultados económicos adversos se han dado, únicamente, en un solo ejercicio, por lo que CHETAE, S.L. habrá de esperar para ejercitar su derecho de opción. En el caso de cumplirse la opción de venta, la transmisión de las participaciones sociales podría hacerse mediante la comunicación del ejercicio de la opción de venta al Consejo de Administración.

b) Sobre el Derecho aplicable al ejercicio de la opción de venta

La elección del Derecho aplicable es **a voluntad de las partes**. De conformidad con lo dispuesto en el art. 10.5 CC, se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella,

la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. Para determinar el derecho aplicable a la controversia, es necesario seguir la pirámide jerárquica, en este orden, normas institucionales, normas convencionales y legislación nacional. En primer lugar, no podría ser de aplicación la normativa institucional, concretamente el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, comúnmente conocido como el Reglamento Roma I, dado que una de las partes del contrato es de nacionalidad estadounidense, luego no resulta de aplicación. De igual manera, no existe ningún convenio aplicable por lo que habrá que acudir a la legislación nacional (Código Civil) para determinar el derecho aplicable. Por tanto, el **derecho aplicable** es el **Derecho español**, de acuerdo con el art. 10.5 CC por la conexión del contrato con el negocio concreto, además, no existe evidencia completa pero lo más seguro es que el contrato se haya celebrado en España, lo que confirma la aplicación de este artículo.

5. Sobre las complicaciones del contrato con ESPUMAS DE MARBELLA, S.A.

a) Sobre las acciones que puede interponer ESPUMAS DE MARBELLA frente a MARVELWEISSER.

ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. contrató con DENNA, S.L. los derechos de sub-distribución en exclusiva para la Costa de Sol de los productos de KVOTHE BEER, S.A., de los que ha adquirido para su reventa más de 3.000.000 € anuales durante 10 años. DENNA, S.L. estaba autorizada y apoderada para contratar con terceros otros acuerdos de sub-distribución de los productos de KVOTHE BEER, S.A. en los términos que considerase necesarios. Por ello, ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. sería un subagente en la relación contractual. El contrato fue firmado por DENNA, S.L., en virtud del apoderamiento y facultades que tenía, y en el procedimiento de *due dilligence* de KVOTHE BEER, S.A. no se incorporó el mismo, por lo que se puede considerar la existencia de un vicio oculto de la compraventa por este hecho.

A pesar de que el empresario principal (KVOTHE BEER, S.A.) no forme parte de la relación jurídica establecida entre el agente (DENNA, S.L.) y el subagente (ESPUMAS DE MARBELLA, S.A.), en determinadas ocasiones el contrato que sustenta dicha relación se encuentra en una situación de dependencia con respecto al contrato de agencia principal: **si la subagencia se ha llevado a cabo para ejecutar el contrato de agencia, si se extingue este último, se extingue también el contrato de subagencia por desaparición de su objeto.**

Además, hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 5.2 LCA, en cuanto a que la actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario, especificando que en el caso de que el agente designe la persona del subagente, responderá de su gestión.

En base a lo expuesto, las acciones que pudiera interponer ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. se dirigirán contra DENNA, S.L., no contra MARVELWEISSER, Inc., pues esta no es partícipe del contrato, de tal manera que no podría reclamársele. A posteriori, DENNA, S.L. podrá repetir la acción contra KVOTHE BEER, S.A. y solicitar ser indemnizada por los daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato a que hemos hecho referencia en el punto 1, al que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, teniendo en cuenta el precio de adquisición del producto, como dice la jurisprudencia citada en dicho punto.

Por tanto, no existe vía de reclamación posible de ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. frente a MARVELWEISSER, INC. porque la reclamación por responsabilidad extracontractual contenida en el art. 1902 CC sería contra KVOTHE BEER, S.A. Al acordar la extinción del contrato con DENNA, S.L., vía Consejo de Administración de KVOTHE BEER, S.A., y el de sub-agencia entre DENNA, S.L. y ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. ha de intervenir

culpa o negligencia, además de haber causado un daño efectivo a ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. Este último aspecto queda fuera de toda duda, si bien es difícilmente constatable la existencia de culpa o negligencia en las actuaciones de MARVELWEISSER, INC., ya que la acción se queda en KVOTHE BEER, S.L., debiendo pasar por NEWCO BUYER, S.L. antes de llegar a MARVELWEISSER, Inc., por lo que las opciones de éxito de esta reclamación son nulas.

- b) Dado que la existencia del contrato entre KVOTHE BEER, S.A. y ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. no se puso de manifiesto durante el proceso de compra de KVOTHE BEER, S.A. porque, según parece, dicho contrato estaba en poder de DENNA, S.L. y no había sido entregado a NEWCO BUYER, S.L. durante el proceso de revisión legal de KVOTHE BEER, S.A., si dicho hecho puede otorgar a favor de NEWCO BUYER, S.L. algún derecho de reclamación frente a D. Alberto Montenegro o DENNA, S.L.**

Si durante el proceso de revisión legal de KVOTHE BEER, S.A. no se entregó por DENNA, S.L. el contrato entre KVOTHE BEER, S.A. y ESPUMAS DE MARBELLA, S.A., ese hecho afecta a la redacción de manifestaciones y garantías del contrato de adquisición y se trata de un vicio oculto de la compraventa.

Como dispone el art. 1461 CC *“el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta”* y, en virtud del saneamiento al que se refiere el artículo citado, el art. 1474.2 CC establece que el vendedor responderá al comprador de los vicios o defectos ocultos que tuviere.

Evidentemente, al no ponerse de manifiesto por DENNA, S.L. durante el proceso de revisión legal de KVOTHE BEER, S.A. el contrato entre KVOTHE BEER, S.A. y ESPUMAS DE MARBELLA, S.A., siendo DENNA, S.L. de titularidad 100% de D. Alberto Montenegro, titular a su vez del 100% de KVOTHE BEER, S.A., NEWCO BUYER, S.L. puede reclamar frente a DENNA, S.L. y D. Alberto Montenegro el saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida, máxime cuando sobre la misma se realizó un proceso de revisión legal y, en el mismo no se puso de manifiesto el contrato.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 1486 CC, **el comprador podrá optar entre desistir del contrato, con el abono de los gastos pagados, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.** Si, además, el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

Como en el presente caso no cabe duda de que el vendedor, D. Alberto Montenegro, conocía la existencia del contrato pues, como ya hemos dicho, DENNA, S.L. es de su titularidad, y no lo puso de manifiesto en la revisión legal durante el proceso de compra, NEWCO BUYER, S.L. podría elegir entre desistir del contrato con abono de los gastos que pagó e indemnización de los daños y perjuicios, o rebajar una cantidad proporcional del precio. Si el comprador no conoció la existencia del contrato, pero tuvo la posibilidad de conocerlo a través del proceso de revisión legal, el riesgo que asume no alcanza a lo no descubierto en la revisión.

Sin embargo, esta situación podría haberse evitado de haberse incluido en el contrato el proceso de *due diligence* oportuno. En el contrato de compraventa pueden incluirse cláusulas en las que se esclarezca que la información proporcionada es veraz bajo la posibilidad de sanción en caso de falta de porción de toda información necesaria.

c) Sobre si la entrega de información a ESPUMAS DE MARBELLA por D. Alberto Montenegro tiene alguna consecuencia.

La entrega de información conocida por el administrador en el ejercicio de sus funciones a terceros, supondría una **infracción del deber de lealtad**, recogido en el artículo 227 LSC, D. Alberto Montenegro, como miembro del Consejo de Administración de KVOTHE BEER, S.A., ha tenido la oportunidad de conocer esa información por el privilegio de ostentar dicho cargo. La publicación de esta información puede poner en peligro dicho acuerdo, lo que hace que el administrador no esté actuando en el mejor interés de la sociedad.

En concreto, la comunicación a ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. de la resolución del contrato con DENNA, S.L. supondría una vulneración flagrante del artículo 228.b) LSC.

La infracción de este precepto podrá desencadenar en una **acción social de responsabilidad** (art. 236 LSC), que podría traer consigo la destitución del administrador D. Alberto Montenegro si concurre la mayoría necesaria de votos para llevarla a efecto. Esta acción, a tenor del art. 238 LSC, debe ser llevada a cabo por la propia sociedad afectada por el incumplimiento del administrador. El administrador está obligado a guardar secreto de las informaciones obtenidas por el privilegio del cargo que ostenta. El precepto del artículo 228.b) LSC se entiende vulnerado, independientemente de que pretenda obtener beneficio personal o no¹. Por tanto, la transmisión de una información de ámbito societario conocida por el cargo que ostenta es una vulneración del deber de secreto, la cual debe guardar por ser administrador y que desencadenará en sanciones. La infracción del deber de lealtad le obligará a responder frente a la sociedad por los daños causados, indemnizando por los mismos.

De igual manera puede ser excluido, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 660/2018 de 18 de octubre, que afirma que el administrador *“debe desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando en el mejor interés de la sociedad”*. Por ello, el consejero puede ser excluido por la mayoría de la junta general, si así se acuerda, tomando como base los arts. 223 y 224 LSC.

Por otro lado, bien es cierto que la sociedad afectada puede iniciar acciones penales por la revelación de información confidencial en el ejercicio de su cargo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 199.1, 199.2 y 200 CP.

Además, la conducta de D. Alberto Montenegro puede considerarse contraria a la Ley de Competencia Desleal, concretamente a su artículo 13, que se relaciona con la Ley de Secretos Empresariales atendiendo a la revelación de forma ilícita de información obtenida por la posición que ostenta en la sociedad en ese momento (artículo 3).

6. Sobre el consejo de KVOTHE BEER celebrado el 30 de noviembre de 2021

a) Sobre si D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro

El Consejo de Administración de KVOTHE BEER, S.A. está compuesto por tres miembros: D. Tyler Barron, D. Pablo Aguirrebengoa y D. Alberto Montenegro, que es el número mínimo exigido por el art. 242.1 LSC; y quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de sus vocales, tal como dispone el apartado 2 del art. 247 LSC. En este caso, al ser un número impar de miembros, la RDGRN de 14 de marzo de 2016 considera que para que el Consejo esté válidamente constituido han de haber más consejeros presentes que ausentes. Por tanto, al estar válidamente

¹ GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M. *“El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad”*. Uría Menéndez. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>

constituido el Consejo, por concurrir a la reunión dos de sus tres vocales, que representan la mayoría exigida por el art. 247.2 LSC, **podrán adoptar acuerdos válidamente pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro.**

- b) Sobre si D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día.**

En el supuesto de la comparecencia de D. Alberto Montenegro, el Consejo de Administración estaría válidamente formado y constituido de acuerdo a los artículos mencionados en el párrafo precedente. **Aún con el voto en contra de D. Alberto Montenegro, los acuerdos podrán adoptarse** porque en las sociedades anónimas los acuerdos del Consejo de Administración se adoptan por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, como establece el art. 248 LSC, es decir, dos de sus tres miembros.

- c) Sobre si D. Alberto Montenegro tiene plenos derechos a comparecer en el consejo dada la situación**

En principio, D. Alberto Montenegro **tiene plenos derechos a comparecer en el Consejo** de Administración por su condición de consejero de la sociedad. Es cierto que, en el orden del día de la sesión, el punto 3, en aras a las obligaciones básicas del deber de lealtad, obliga al D. Alberto Montenegro a abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses directo o indirecto, tal como recoge el art. 228.c) LSC. Pero en el resto de los puntos del orden del día de la sesión no tiene incompatibilidad alguna.

Hay que tener en cuenta qué se entiende por persona vinculada que, en el presente caso, se trata de las señaladas en el art. 231. 1.d) LSC, *“sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección. A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho, o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad”*, como es el caso de DENNA, S.L.

Por tanto, respecto de lo dispuesto en el art. 224.2 LSC, existe un conflicto de interés que afecta directamente a D. Alberto Montenegro, en cuanto al punto 3 del orden del día de la sesión, por lo que debería abstenerse de la toma de decisiones en este punto.

- d) Sobre si el Consejo puede adoptar, pese a no estar en el orden del día, un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro. En el caso de que la respuesta a esa pregunta sea negativa, el abogado de MARVELWEISSER, INC. querría saber qué alternativas tiene MARVELWEISSER, Inc. para emprender una acción legal ante D. Alberto Montenegro a raíz de su actitud.**

El Consejo de Administración **no puede adoptar acuerdos para exigir responsabilidades a un consejero.** Los administradores responden frente a la sociedad, sus socios o acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la ley, los estatutos o incumpliendo deberes inherentes al desempeño de su cargo, siempre que intervenga dolo o culpa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 236.1 LSC.

Como el Consejo de Administración no puede exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro, MARVELWEISSER, Inc., a través de su participada NEWCO BUYER, S.L., **puede solicitar la celebración de una Junta General de Accionistas** de KVOTHE BEER, S.A., en la que se acuerde la responsabilidad de D. Alberto Montenegro y el inicio de una acción social de responsabilidad, con destitución del administrador afectado. **De**

no conseguirse, quedaría abierta la vía de la acción individual de responsabilidad a que se refiere el art. 241 LSC.

7. Respecto a los 15 empleados que D. Alberto Montenegro ha mencionado en su burofax, cuál es la situación de KVOTHE BEER, S.A. y qué riesgos conlleva lo realizado en su momento.

Del contrato de compraventa se desprende que las partes acordaron que los 15 empleados de KVOTHE BEER, S.A. pasarán a estar empleados por DENNA, S.L. De la situación expuesta se desprende la existencia de subrogación empresarial, de acuerdo al art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). DENNA, S.L. se subroga en los contratos de trabajo originales de KVOTHE BEER, S.A., manteniendo sus obligaciones laborales a excepción de las de convenio colectivo que pasará a ser el de la empresa subrogada.

A la vista de lo expuesto, DENNA, S.L. no podrá extinguir los contratos ni modificarlos dado que se ha subrogado en los contratos de trabajo existentes. Toda modificación o extinción principiará por un periodo de negociaciones con los representantes legales de los trabajadores para tratar de llegar a un acuerdo. Una vez hecho esto, se podrá proceder a la modificación de las condiciones contractuales. Frente a la modificación de las condiciones de trabajo, los trabajadores podrán optar entre rescindir su contrato o impugnar dicho acuerdo.

Además, el artículo 44.3 ET establece un periodo de tres años de responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario por todas las obligaciones laborales sucedidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Por tanto, cada trabajador afectado podrá reclamar solidariamente tanto a DENNA, S.L. como a KVOTHE BEER, S.A. por aquellas deudas insatisfechas. Además, en caso de que la subrogación fuera delictiva, ambas responderán, de igual manera, solidariamente, de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión.

En este caso, dada la naturaleza de la relación jurídica se produce una confusión de patrimonios, concretamente de recursos humanos, que permite, a la luz de la jurisprudencia, la llamada doctrina del levantamiento del velo como expresa la STS 497/2013, de 29 de julio. Por ello, tanto DENNA, S.L. como KVOTHE BEER, S.A. serían condenados por cesión ilegal de trabajadores y subrogación ilegal en función de los arts. 43 y 44 ET.

8. Sobre la necesidad de comprender el impacto de la afirmación de BANKSUISSE, S.A. sobre la hipoteca. La escritura de hipoteca está pendiente de inscripción el Registro de la Propiedad, qué impacto puede tener lo que indica BANKSUISSE, S.A. para la inscripción de la hipoteca, para su validez y para la operación en su conjunto.

BANKSUISSE, S.A. tiene concedida a KVOTHE BEER, S.A. una línea de financiación de circulante de 10.000.000 €, sin garantías adicionales, lo que deja libres de cargas al resto de bienes de la sociedad. Si ésta solicita un préstamo con garantía hipotecaria y el bien a hipotecar está libre de cargas, no hay impedimento alguno para hacerlo, sin dañar a BANKSUISSE, S.A., que lo único que podrá hacer es oponerse a la renovación de su línea de financiación a su vencimiento, al haber empeorado la situación patrimonial de KVOTHE BEER, S.A. Llegados a este punto, es necesario poner de relieve los defectos formales y materiales que pueden afectar a la validez de la hipoteca, esto es, la oponibilidad frente a BANKSUISSE, S.A.

En primer lugar, los **defectos formales**. Como es sabido, la escritura de la hipoteca está firmada ante Notario, pero pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente. **Al firmarse la hipoteca ante notario es válida y oponible entre las partes y frente a terceros de mala fe**, es decir, aquellos que conocen o debieran conocer

la existencia de la hipoteca. Al reclamar BANKSUISSE, S.A., se entiende que conoce la hipoteca, siendo considerado un tercero de mala fe y, por tanto, podría oponérsele la hipoteca sin estar inscrita.

En segundo lugar, los **defectos materiales**. En este caso existe **asistencia financiera** dado que, con independencia de que la garantía se otorgue después de cerrado el acuerdo, se está utilizando un activo de la sociedad (el inmueble de Torreledones) para garantizar la financiación necesaria para la compra de las acciones de la sociedad, por lo que se está incurriendo en la denominada asistencia financiera, por lo que una alternativa sería la realización de una fusión indirecta en la que se adquiere una sociedad a través de una filial o sociedad instrumental, con los requisitos establecidos para ello, **el negocio jurídico será nulo** porque se está incurriendo en asistencia financiera, prohibida en el ordenamiento jurídico español para el caso concreto.

La figura jurídica de la asistencia financiera viene regulada en el art. 150 LSC, para las sociedades anónimas. Sobre la asistencia financiera pesa actualmente una prohibición absoluta, de modo que, como regla general, una sociedad no puede contribuir financieramente a la adquisición por parte de un tercero de sus propias acciones o participaciones y, de hacerlo, su sanción será la nulidad absoluta y de pleno derecho del negocio jurídico en el que se concreta la asistencia financiera.

9. Estrategia legal a seguir por MARVELWEISSER, INC.

La estrategia legal de MARVELWEISSER, INC. deberá realizarse a través de su participada NEWCO BUYER, S.L., pero como en esta sociedad solo detenta el 50% del capital social, debe buscar el consenso con el otro socio, CHETAE, S.L. para cualquier actuación que quiera llevar a cabo, salvo que ésta última estuviese obligada por el pacto de socios. Lo mismo ocurre en el seno del Consejo de Administración de KVOTHE BEER, S.A. En el caso de que el Consejo de Administración de KVOTHE BEER, S.A. aprobase la fusión entre ésta y NEWCO BUYER, S.L., el camino legal se haría más fácil para MARVELWEISSER, INC. dado que actuaría directamente desde la sociedad en la que D. Alberto Montenegro es consejero, aunque en algunas cuestiones seguiría necesitando el consenso con CHETAE, S.L., por ejemplo, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En caso contrario, sí podría ejercer la acción individual de responsabilidad por sí solo, sin tener que ser aprobada en el seno de NEWCO BUYER, S.L.

Por otro lado, en el caso de la reclamación de ESPUMAS DE MARBELLA, S.A., MARVELWEISSER, INC. puede verse afectado indirectamente si se ha llegado a producir la fusión entre NEWCO BUYER, S.L. y KVOTHE BEER, S.A. y DENNA, S.L. es obligada a indemnizar a ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. puesto que repetirá frente a KVOTHE BEER, S.A., y, en ese caso, tendrá que hacer frente a parte de la indemnización como titular del 50% de NEWCO BUYER, S.L., lo que le faculta para **actuar frente a D. Alberto Montenegro** por actuar con dolo o mala fe al revelar información confidencial de la sociedad a un tercero.

Paralelamente, para la resolución del contrato con DENNA, S.L., se podrá llevar a efecto si bien habrá que proceder al pago de la indemnización correspondiente.

Por último, respecto de la hipoteca con BANKSUISSE, S.A., teniendo en cuenta que existe asistencia financiera, legalmente prohibida, para que prospere el negocio, MARVELWEISSER, INC. puede **prestar otro tipo de garantías** que permita su continuidad.