



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

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

---

**Máster Universitario en Derecho de la Empresa**

**Alumna**

Marta Díaz Santidrián

**Tutor**

Miguel Martínez Muñoz

De: Díaz Santidrián, Marta  
(Abogada de Comillas Abogados y Asociados)

A: Ms. O'Connor  
(Abogada de MarvelWeisser Inc.)

En Madrid, a 10 de enero de 2022

La finalidad del presente informe es dar solución a las cuestiones que nos fueron planteadas, y acorde a los antecedentes de hecho facilitados por ustedes, ofrecer la estrategia legal que mejor se ajuste a los intereses de MarvelWeisser Inc.

Se recuerda que el Cliente es una empresa norteamericana que, con el fin de expandir su negocio cervecero por Europa, decide adquirir Kvothe S.A., a través de la creación de una nueva sociedad en la que también participa al 50% la empresa española, Chetae, S.L.

Sin embargo, se encuentra en apuros debido a la situación financiera en la que Kvothe, S.A., se encuentra ya que la crisis producida por la Covid-19 le ha afectado de forma muy negativa.

---

**Acciones que puede interponer Denna, S.L., por el contrato de distribución suscrito con Kvothe Beer, S.A. y defensas de las que dispone Kvothe Beer, S.A. Asimismo, necesita un análisis del peor escenario en el que se podría encontrar Kvothe Beer, S.A. si decide terminar, en todo caso, el contrato suscrito con Denna, S.L.**

Conforme a los antecedentes de hecho, aportados por el Cliente, entre Denna, S.L., y Kvothe Beer, S.A., existe un contrato de distribución, en cuya virtud Denna, S.L., por tiempo indefinido tenía la exclusiva para cerrar por cuenta de Kvothe Beer, S.A., en toda España contratos de compraventa con terceros, y además, Denna, S.L., podía contratar con terceros otros acuerdos de sub-distribución de los productos de Kvothe Beer, S.A., en los términos que estimase necesario.

Como el contrato de distribución es un contrato atípico sin regulación legal en el derecho español, se regirá por las normas generales de contratación de los artículos 1254 a 1314 del Código Civil, y las de los contratos parecidos, de una misma naturaleza esencial o de naturaleza similar, por las estipulaciones pactadas por las partes, y por las normas afines. Como en este caso no tenemos información sobre el clausulado suscrito entre Kvothe Beer, S.A., y Denna, S.L., aplicamos por defecto la Ley sobre Contrato de Agencia (LCA)<sup>1</sup>.

En este caso, al ser el contrato de distribución de duración indefinida, se extingue por la denuncia de cualquiera de las partes siempre y cuando haya mediado un preaviso escrito por una de ellas y el plazo del mismo será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses tal y como establece el artículo 25 LCA.

En caso de denuncia del contrato Denna, S.L. tendría derecho a pedir:

- Indemnización por clientela por haber aportado bien nuevos clientes al empresario o incrementado de manera sensible las operaciones con la clientela preexistente tal y

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 nº 1392/2008

como dispone el artículo 28.1 LCA. Este mismo precepto en el apartado 3 limita el importe de la indemnización, que no podrá exceder del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior. No consiste en el total de las remuneraciones percibidas en dicho período, sino en la cantidad que resulte de calcular la media de las obtenidas en ese período de tiempo por la división de esa suma entre los años a que se refieren<sup>2</sup>.

- Indemnización de daños y perjuicios consistente en indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato como recoge el artículo 29 LCA. Denna, S.L podrá solicitar la acción para reclamar la indemnización por clientela como la indemnización de daños y perjuicios siempre que no transcurra un año a contar desde la extinción del contrato.
- Las indemnizaciones del personal laboral del que haya tenido que prescindir el distribuidor por la extinción del contrato.
- Kvothe Beer, S.A., tendrá que adquirir de Denna S.L., todas las mercancías que se hallen en su poder al mismo precio por el que hubiesen sido vendidas.
- Y finalmente, deberá indemnizar además por los daños y perjuicios causados por los incumplimientos contractuales en que hubiera podido incurrir la otra parte siendo nulo cualquier pacto en contrario.

La defensa de Kvothe Beer, S.A., para evitar el derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios debería fundamentarse en el incumplimiento del contrato por parte de Denna S.L.

- El artículo 30 a) LCA dispone que el distribuidor no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios cuando la extinción del contrato sea consecuencia del incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, y en este caso Kvothe Beer, S.A., puede alegar que la extinción del contrato de distribución fue causada por el incumplimiento de la obligación legal, establecida en el artículo 9 b) LCA de comunicar al empresario toda la información de la actividad que realiza.  
En este caso, Kvothe Beer, S.A., no fue informado de los derechos de distribución cedidos en exclusiva por Denna, S.L., a Espumas de Marbella, S.A., que tenía en la actualidad para la Costa del Sol, y en cuya virtud, ésta adquirió durante diez años para su reventa más de 3.000.000 € en productos de Kvothe Beer, S.A.
- El preaviso en este caso es innecesario como causa de finalización del contrato tal y como dispone el artículo 26.1a) LCA cuando la otra parte hubiera incumplido total o parcialmente las obligaciones legal o contractualmente establecidas.

El peor escenario para Kvothe Beer, S.A., tendría lugar si no se considerase como causa de la extinción del contrato el incumplimiento contractual por parte de Denna S.L., al ocultar el contrato suscrito con Espumas de Marbella, S.A., que otorgaría a Denna S.L., el derecho a percibir todas las indemnizaciones a las que nos hemos referido.

**Posibles acciones que pueden interponer Kvothe Beer, S.A. y Newco Buyer, S.L. frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer, S.A. y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A.**

---

<sup>2</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 16 de junio de 2003 EDJ 157461

Tras examinar los antecedentes de hecho, resulta que el no cumplimiento de las expectativas económicas de Newco Buyer, S.L., sobre el rendimiento de Kvothe Beer, S.A., se ha debido a la pandemia y que la única actuación incorrecta de D. Alberto ha sido la ocultación del contrato de subdistribución suscrito entre Denna, S.L., y Espumas de Marbella, S.A., porque su petición de que Denna S.L., continuara distribuyendo los productos de Kvothe Beer, S.A., es una consecuencia lógica de su condición de propietario de la misma, circunstancia que no era desconocida por Newco Buyer, S.L.

En cuanto a la solicitud de la readmisión de los 15 empleados por Kvothe Beer, S.A., es una petición justa porque como recuerda el señor Montenegro en el burofax se había pactado que en caso de que se diese por terminado el contrato con Denna S.L., deberían ser contratados por Kvothe Beer, S.A.

El artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) regula la responsabilidad de los administradores disponiendo que responderán frente a la sociedad, socios y 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.

D. Alberto en su calidad de administrador de Kvothe, S.A., no ha causado daño alguno con su conducta y se le negaría el derecho a intervenir en los puntos del día del Consejo donde existe conflicto de intereses con Denna, S.L. por lo que no se causaría daño alguno.

Recuérdese, en todo caso, que los socios de Newco Buyer S.L., siempre tienen la posibilidad de cesar a D. Alberto como consejero independiente de la sociedad en Junta General (ordinaria o extraordinaria) aunque no estuviera previsto en el orden del día y sin alegar justa causa al fundarse la relación entre el administrador y la sociedad en una relación de confianza tal y como dispone el artículo 223.1 LSC. Puede adoptarse incluso aunque no haya transcurrido el plazo para el que fueran nombrados como tal<sup>3</sup> porque la libre revocabilidad del administrador es un principio de orden público que no admite ningún tipo de excepción<sup>4</sup>.

Respecto de las acciones que se pueden interponer frente a D. Alberto derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A se tratan en la cuestión 5b) ya que a la vista de los hechos que somete a consideración el Cliente, en relación con los demás aspectos de la compraventa, no se observa que en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, D. Alberto haya incurrido en dolo, negligencia o morosidad ni hubiera contravenido de cualquier modo el tenor de las mismas. Por tanto, no le sería exigible responsabilidad por daños y perjuicios en virtud de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil.

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

---

<sup>3</sup> Resolución DGRN de 3 de diciembre de 1991

<sup>4</sup> Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981 (EDJ 1981/1418) y de 30 diciembre de 1992 (EDJ 1992/12926)

El hecho de cesar a D. Alberto, aparentemente, atentaría contra lo dispuesto en el contrato de compraventa de Kvothe Beer en el que se establecía la permanencia definida en el puesto de consejero independiente hasta el 31 de diciembre de 2022.

Sin embargo, esta previsión, como ya se ha apuntado, atenta contra el principio de libre revocabilidad de los administradores que es un principio de orden público.

Por ello, ante la pérdida de confianza que necesariamente debe existir entre la sociedad y sus administradores, el artículo 223.1 LSC faculta a la Junta General de Kvothe Beer, S.A., para que sin necesidad de alegar causa alguna ni motivo alguno se pueda separar del cargo a Don Alberto. Además al no constar que D. Alberto percibiera retribución alguna por su desempeño en la función de consejero independiente se aplicaría el artículo 271 LSC y no tendría derecho a percibir indemnización por cese del consejero.

### **En relación al pacto de socios suscrito entre Newco Buyer, S.L. y Chetae, S.L.: contrato de opción de venta y Derecho aplicable.**

El contrato de opción es un contrato atípico en el que se concede a una de las partes la facultad para decidir de manera unilateral sobre la formalización de un contrato dentro del plazo que las partes han acordado<sup>5</sup> y, en ocasiones, bajo el cumplimiento de condiciones suspensivas como es en el caso que nos ocupa.

Para conocer el procedimiento de la ejecución de la opción de venta por parte de Chetae, S.L., sería necesario acudir al pacto de socios suscrito. Sin embargo, al no contar con dicha información hay que actuar conforme a lo plasmado en los estatutos sociales. A falta de regulación estatutaria, hay que atenerse a lo establecido en el artículo 107 LSC.

Chetae, S.L., deberá comunicar por escrito a los administradores el número y las características de las participaciones que quiere transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión. Es competencia de la junta general la aprobación de la transmisión siempre que cuente con la mayoría ordinaria establecida en la LSC. En cuanto al precio de adquisición, éste es fijado de común acuerdo por las partes, y en su defecto, será el valor razonable de las participaciones del día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Por “valor razonable” se entiende a aquel valorado por un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad y designado por los administradores de la misma.

No obstante, al no haberse cumplido la condición suspensiva ya que no han pasado tres años consecutivos en los que los resultados financieros sean inferiores al plan de negocio, Chetae, S.L., no puede ejercitar su derecho de opción de venta.

En cuanto a qué Derecho debe ser aplicado debemos analizar los siguientes puntos. En primer lugar, tenemos que acudir a un Convenio firmado entre España y Estados Unidos que trate qué Derecho debe ser aplicado en este tipo de casos. Sin embargo, al no existir el mismo, es necesario ir más allá y analizar las Fuentes de Derecho Internacional Privado Institucional (de aplicación universal). Al tratarse de obligaciones contractuales este será el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de

<sup>5</sup> *Contrato de opción*. (2018). Wolters Kluwer.

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNjE2NztlUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhiQaptWmJOcSoA4KWI9jUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNjE2NztlUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhiQaptWmJOcSoA4KWI9jUAAAA=WKE)

2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR-I) por tratarse de una operación posterior a la entrada en vigor del Reglamento (17 de diciembre de 2009) se cumple este requisito y ser aplicable territorialmente porque el Tribunal competente tiene su sede en Madrid, por lo tanto sí es parte del territorio de aplicación. Objetivamente, si bien trata las obligaciones contractuales, el artículo 1 apartado f) excluye del ámbito de aplicación de este reglamento las cuestiones relacionadas con el Derecho de sociedades.

Por ello, al no ser de aplicación el RR-1, debemos acudir a la ley nacional española para conocer la legislación aplicable y esta materia se regula en el art 10.5 del Código Civil que dispone que *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.*

En este caso, no existe sumisión expresa a ninguna ley en los contratos suscritos entre Newco Buyer, S.L, y Chetae, S.L., por lo que habrá que acudir al siguiente criterio el de ley nacional común a las partes y de los antecedentes de hecho parece deducirse por la denominaciones sociales que Newco Buyer como sociedad limitada y Chetae como sociedad limitada tienen nacionalidad española y que conforme el artículo 9.11 del Código Civil *la ley personal de las personas jurídicas será la de su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.*

Por ello, la ley común a las partes es la ley española y por tanto ésta será la ley aplicable porque el contrato de opción es un contrato entre Newco Buyer, S.L.,y Chetae, S.L., sociedades españolas.

#### **Aclaraciones sobre los siguientes extremos:**

**a.¿Qué acciones puede interponer Espumas de Marbella, S.A. frente a MarvelWeisser Inc.??;**

Espumas de Marbella S. A., puede exigir a Kvothe Beer S.A., el cumplimiento de los contratos suscritos por Denna S. A., con Espumas de Marbella S. A., en virtud del acuerdo que había suscrito Denna S. A con Kvothe Beer S.A para la subdistribución de los productos de esta última sociedad al que se alude en el cuarto párrafo cuatro de los antecedentes de hecho aportados por nuestro Cliente.

Por tanto, Espumas de Marbella S. A., tiene acción frente Kvothe Beer S.A. pero no frente a MarvelWeisser Inc. ya que Espumas de Marbella, S.A., no tiene ninguna relación contractual con MarvelWeisser Inc.

**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.**

La omisión consciente del contrato existente entre Kvothe Beer, S.A., y Espumas de Marbella, S.A., consecuencia del acuerdo indefinido entre Kvothe Beer, S.A. y Denna, S.L.,

que permitía a ésta cerrar acuerdos de subdistribución en todo el territorio nacional en los términos que considerase necesario.

Esta ocultación es responsabilidad de D. Alberto que conocía el contrato en su condición de propietario y administrador de hecho tanto de Denna, S.L., como de Kvothe Beer, S.A como se deduce del hecho de que trabajaba 12 horas diarias e incluso los fines de semana.

Si MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L., hubieran tenido conocimiento de esta relación jurídica entre Kvothe Beer, S.A., y Espumas de Marbella, S.A., habría influido en la toma de decisión de compra de Kvothe Beer, S.A., bien desaconsejado la adquisición del 100% de las acciones de Kvothe Beer, S.A., de las que era titular D. Alberto, bien fijando un precio menor de compra teniendo en cuenta de que se trata de los derechos de distribución en exclusiva que tiene la mercantil Espumas de Marbella S.A., para la zona de la Costa del Sol durante 10 años para su reventa, más 3.000.000 € anuales de productos de Kvothe Beer, S.A., para su reventa.

Esta ocultación consciente vulnera el principio de buena fe contractual, y obedece al propósito de evitar que dicha circunstancia pudiera afectar a la realización de la compraventa o a una minoración del precio del precio de venta, por lo que existiría como vicio del consentimiento del artículo 1269 del Código Civil *cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de una parte de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho*” o cuando únicamente afecta a una modalidad, cláusula o carga del contrato, no produciendo la nulidad del mismo, sino que *sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios* ( artículo 1270 del Código Civil ).

En este caso, el dolo consiste en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe y la cuestión es determinar si el conocimiento de la existencia del contrato ocultado hubiera determinado a los adquirentes de las acciones a no realizar la adquisición o si por el contrario solo hubiera alterado el precio y por ello, deberían acreditar los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que *partiendo de que el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el C.C. no dice que se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosas, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato, señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra conducta de insidiosa influencia; c) que sea grave si se trata de anular el contrato, y d) que no haya sido causado por un tercero ni empleado por las dos partes contratantes*<sup>6</sup>.

Resumiendo, los adquirentes pueden ejercitar la acción de anulabilidad por error en el consentimiento prevista en el artículo 1301 del Código Civil, si acreditan que de haber conocido la existencia del contrato ocultado por el vendedor la compraventa no hubiera tenido lugar.

Subsidiariamente, podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios por la pérdida de ganancias que pudiera sufrir de no existir dicho contrato de distribución en

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de, 29 de marzo de 1994, nº 890/1991

exclusiva, cuya carga de la prueba le corresponde, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1270 del Código Civil y 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El plazo de ejercicio de estas acciones conforme el art 1301 del Código Civil será de 4 años a contar desde la consumación del contrato.

**c. Si la entrega de información a Espumas de Marbella, S.A. por D. Alberto Montenegro tiene alguna consecuencia.**

Aparentemente, esa entrega de información podría considerarse una falta del deber de lealtad establecida en el artículo 228 b) 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.*

Sin embargo, D. Alberto es también propietario y administrador de hecho de Denna, S.L., y por tanto, debería informar a Espumas de Marbella, S.A., del fin del contrato de distribución entre Denna, S.L., y Kvothe Beer, S.A., por lo que tal divulgación no causa daño alguno a Kvothe Beer, S.A.

**Si de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer, S.A.:**

**a. D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro;**

Efectivamente, ambos podrán adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto, en virtud del artículo 247.2 LSC, que establece que el consejo queda válidamente constituido cuando asisten a la reunión la mayoría de los vocales.

Además, si el número de miembros del consejo es de tres, el órgano de administración colegiado queda constituido válidamente con la concurrencia de dos consejeros<sup>7</sup>.

**b. 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;**

El artículo 248 LSC establece que en las sociedades anónimas, a la hora de la toma de decisiones se impone la regla de la mayoría absoluta. Es decir, el acuerdo debe ser aprobado por más de la mitad de los consejeros presentes o representados. Así lo expone la Resolución del DRGN de 5 de julio de 1988 *un acuerdo se considera válidamente adoptado cuando cuenta con más de la mitad de los votos posibles, es decir, con más votos que todas las demás opciones conjuntamente, incluidas las abstenciones, así como, en su caso, los votos en blanco y los votos inválidos o nulos.*

Por ello, si D. Tyler y D. Pablo votan a favor, el acuerdo será adoptado pese al voto en contra de D. Alberto.

---

<sup>7</sup> Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 2016

**c. D. Alberto Montenegro, tiene plenos derechos a comparecer al consejo dada la situación;**

D. Alberto tiene plenos derechos a comparecer en el consejo hasta el 31 de diciembre de 2022, no obstante, el hecho de comparecer en el consejo no implica que pueda participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que se encuentra en una situación de conflicto de intereses.

Los administradores deben desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. En este supuesto el deber de lealtad se manifiesta en la obligación contenida en el artículo 228 e) LSC que le obliga a adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, ya sean por cuenta ajena o propia, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

De hecho D. Alberto tiene que cumplir con dos obligaciones para evitar la situación de conflicto de intereses en la que se encuentra inmerso.

- 1) Deber de abstención: no puede participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones cuando tenga un conflicto de intereses (228 c) LSC).
- 2) Deber de revelación: D. Alberto debe comunicar que se encuentra en esta situación al resto de administradores. No obstante, cuando todos los consejeros son conocedores del conflicto, esta revelación carece de sentido alguno.

En este caso, considero que debería abstenerse de deliberar y votar en el punto del día relativo a la terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna, S.L., al ser administrador de hecho de la sociedad.

**d. 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 esta 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 no puede exigir responsabilidades porque el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores es competencia exclusiva de la Junta General como resulta el artículo 238.1 LSC: *“la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día”*.

Además, se considera que conforme al artículo 236.1 LCS que recoge 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*, en ningún caso, cabría exigir responsabilidad alguna D. Alberto a raíz de su actitud porque no ha causado daño alguno a la sociedad.

En efecto, no se ha aprobado ningún acuerdo relativo al futuro de la relación con Denna, S.L., ni la readmisión de los trabajadores procedentes de la misma por parte de Kvothe Beer, S.A., y con respecto a la venta de las participaciones de Kvothe, S.A., ocultando el

contrato entre Denna, S.L., y Espumas de Marbella, S.A., cabría el ejercicio de una acción de responsabilidad individual al amparo del artículo 241 LSC que dispone que *quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*.

MarvelWeisser Inc, actuaría como tercero ya que suyos son el 50% del capital social de Newco Buyer, S.L., y D. Alberto estaría legitimado pasivamente como administrador de hecho de Kvothe Beer, S.A., cargo que ejercía antes de la venta del 100% de sus acciones a Newco Buyer, S.L. Así resulta del artículo 236.3 LSC que extiende la responsabilidad de los administradores a los de hecho y atribuye esta condición a *la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo y extinguido o con otro título las funciones propias de un administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*.

### **Situación de los 15 empleados y posibles riesgos.**

En relación a esta cuestión, el Cliente nos informa que como consecuencia de la compraventa de la totalidad de las acciones de D. Alberto de Kvothe Beer, S.A., 15 empleados que inicialmente pertenecían a la plantilla de Kvothe Beer, S.A., tenían que pasar a estar empleados por Denna, S.L., por cuanto los mismos realizaban, además de tareas propias de Kvothe Beer, S.A. tareas de distribución de los productos que comercializaba Denna, S.L., (empresa que había sido creada por D. Alberto, dedicada a la distribución de bebidas alcohólicas).

Además, según resulta del burofax de D. Alberto, se pactó que en el caso de que Kvothe Beer, S.A., diese por terminado su contrato con Denna, S.L., esos 15 empleados volverían a ser contratados por la primera ya que D. Alberto recuerda esta circunstancia por lo que se da por cierta la existencia de este acuerdo que tuvo que ser necesariamente admitido por los trabajadores en cuestión.

No se menciona el modo en que esos 15 trabajadores extinguieron su relación laboral con Kvothe Beer, S.A., por ello, se entiende que podría considerarse una cesión temporal lícita de trabajadores entre empresas de un mismo grupo empresarial que no es ilícita, puesto que la misma no cumple ninguna de las circunstancias que determinan su ilicitud conforme al artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El objeto de los contratos de servicios entre Kvothe Beer, S.A., y Denna, S.L., no es la mera puesta a disposición de los trabajadores de la primera en la segunda, sino que consiste en que los mismos continúen realizando las tareas de distribución que ya realizaban en Denna, S.L., aunque pertenecieran a Kvothe, S.A., al desarrollar también tareas propias de la misma. Además, Kvothe, S.A., sigue produciendo tareas de fermentación de cebada y sigue contando con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad y ejerce también actividades empresariales<sup>8</sup>.

Esta cesión de mano de obra de los 15 trabajadores es válida porque fue aceptada por los empleados y Kvothe Beer, S.A. se comprometió a readmitir a los mismos conservando su antigüedad para el supuesto en el que Denna, S.L., dejara de distribuir los productos de Kvothe Beer, S.A., y con respeto a la antigüedad. Por último, no tenía como finalidad eludir

---

<sup>8</sup> Molero Manglano, C., López Álvarez, M. J., Matorras Díaz Caneja, A., & Sánchez Cervera, J. M. (2017). *Manual del Derecho del Trabajo* (15.ª ed.). Tirant lo Blanch.

responsabilidad como lo demuestra el hecho de que ya se previera la vuelta a la empresa de origen.

La finalidad que perseguía Kvothe Beer, S.A., era lícita y consistía en que Denna, S.L., soportase los costes del trabajo que realizaban los 15 empleados para la misma, y que anteriormente a la compra de Kvothe Beer, S.A., soportaba la propia Kvothe porque al ser ambas controladas por D. Alberto le era indiferente asumir el coste salarial en una u otra.

Finalmente, se considera que se trata de una cesión legal porque el trabajador admite la misma y existe expresamente el compromiso de readmisión por parte del empleador originario (Kvothe Beer, S.A.) de readmitir a los 15 trabajadores al término del contrato de distribución si el mismo concluye, como parece que va a suceder, con el respeto de la antigüedad.

El riesgo para el Cliente se fundamentaría en que se considerase una cesión ilegal de mano de obra cuyos riesgos más sobresalientes serían: la comunicación por responsabilidad por deudas laborales y de Seguridad Social entre cedente y cesionario con carácter solidario y sin limitación objetiva ni temporal de clase alguna, el nacimiento de responsabilidad administrativa por comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 8.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social sancionable con la imposición de multa o, en su caso penal ya que el artículo 312 del Código Penal tipifica el tráfico ilegal de mano de obra, castigando tanto al cedente como al cesionario con penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

#### **La problemática con la Hipoteca.**

La hipoteca pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad, según informa el Cliente, se constituyó en garantía del préstamo de 130000.000 € concedido por Banksava para el pago del precio de las acciones, propiedad de D. Alberto, de Kvothe Beer, S.A. El problema es que según entiende BankSuisse, esa hipoteca no es conforme a Derecho.

En cuanto al hecho de que la hipoteca se constituya transcurridos seis meses después de haber cerrado la compraventa de Kvothe Beer, S.A., no afecta a la nulidad de la misma ya que el objeto de la hipoteca es garantizar con bienes propios de Kvothe Beer, S.A., la adquisición por parte de un tercero de las propias acciones de Kvothe Beer, S.A.

Se plantea el problema de la denominada asistencia financiera prohibida en el artículo 150.1 LSC que dispone que *la sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero*. En efecto, se entiende que en este supuesto BankSuisse tiene razón ya que la hipoteca pendiente de inscripción así como la prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe Beer, S.A., constituidas para garantizar los préstamos otorgados por Banksava a Newco Buyer, S.L., se encuentran prohibidas por ser un supuesto de asistencia financiera realizada por la sociedad a favor de terceros para que éstos puedan adquirir acciones propias, así lo ha declarado el Tribunal Supremo su sentencia<sup>9</sup> relativa a la nulidad de prendas sobre acciones propias en garantía de préstamos para adquirir acciones de la propia sociedad.

---

<sup>9</sup> Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de, 2 de julio de 2012, nº 413/2012

En conclusión, la hipoteca es nula por incurrir en asistencia financiera por aplicación del artículo 6.3 CC.

### **Recomendación de estrategia legal a seguir**

#### 1) Análisis financiero

Para mejorar su situación financiera, tendrían que optar por refinanciar sus deudas a través de la modificación del calendario de amortización ya que se encuentra en esta situación por la crisis provocada por la Covid-19, y se espera que cuando se vuelva a la normalidad, vuelva no sólo a recuperar las cifras de negocio que alcanzó sino a superarlas.

#### 2) Fusión entre Kvothe Beer, S.L., y Newco Buyer, S.L.

Newco Buyer S.L., pidió un préstamo a Banksanva por importe de 130.000.000 € para adquirir Kvothe Beer, S.A., garantizado por la prenda de las participaciones sociales de Kvothe Beer, S.A., y por una hipoteca que recae sobre un inmueble de Kvothe Beer, S.A., en el que se encuentra la principal factoría y embotelladora de la misma. Como se ha indicado se considera que este modo de proceder supone un supuesto de asistencia financiera prohibido expresamente por el artículo 150.1 LCS.

Sin embargo, es posible conseguir unos efectos semejantes acudiendo a la denominada fusión apalancada también conocida como *Leverage Buy-Out* para evitar el incumplimiento de la prohibición de asistencia financiera.

Newco Buyer, S.L., se ha endeudado para adquirir el control de Kvothe Beer, S.A. Después de la compra la adquirente absorbe a la adquirida. El artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME) establece un procedimiento de fusión reforzado a seguir para llevar a cabo este tipo de operación:

- a) Elaboración de proyecto común de fusión indicando los recursos y plazos previstos para el pago por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición de la sociedad cuya adquisición motivó la operación.
- b) Informe de administradores con justificación de la adquisición del control de la sociedad y de la operación de fusión y un plan económico y financiero con expresión de los recursos y descripción de los objetivos a conseguir.
- c) Informe de experto independiente que debe contener un juicio sobre la razonabilidad del proyecto de fusión e informe de administradores, indicando además si existe asistencia financiera.

El resultado de la fusión apalancada es, por tanto, que la sociedad que ha sido comprada (Kvothe Beer, S.A.) acabe soportando el pago de la financiación. En otras palabras, la compra la paga la sociedad compradora, y no el comprador.

En el caso de que con los recursos de la sociedad fusionada no se pudieran realizar las devoluciones del préstamo obtenido por Banksanva, el abono de estas cantidades estaría afianzado tanto por nuestro Cliente como por Chetae, S.L. con garantías aceptadas por el banco.

3) Terminación del contrato anticipado con Denna, S.L.

Denna S.L., tendría que haber informado de manera formal a Kvothe Beer, S.A., de su relación contractual con Espumas de Marbella, S.A. para cumplir con su deber de información como agente regulado en el artículo 9 b) LCA.

Al incumplir con esta obligación, tal y como se ha explicado anteriormente, Kvothe Beer, S.A., quedaría exonerada de indemnizar a Denna, S.L., por clientela o daños y perjuicios. Además, el preaviso es innecesario como causa de finalización del contrato tal y como dispone el artículo 26.1a) LCA cuando la otra parte hubiera incumplido total o parcialmente las obligaciones legal o contractualmente establecidas.

4) Préstamo participativo de MarvelWeisser Inc. a Kvothe Beer, S.A.

Es una buena opción ya que sería una inyección monetaria para Kvothe Beer, S.A., para paliar su situación financiera que se ha visto negativamente afectada por la crisis del Covid-19. Tal y como establece el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento de la liberalización de la actividad económica en su artículo 20 tendrán que tener las siguientes características:

- a) MarvelWeisser Inc. percibirá un interés variable que se determina en función de la evolución de la actividad de Kvothe Beer, S.L.
- b) Kvothe Beer, S.L., sólo podrá amortizar anticipadamente el mismo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios siempre que el mismo no provenga de la actualización de activos.
- c) En orden de prelación de créditos, se sitúan después de los acreedores comunes.
- d) Son considerados como fondos propios a los efectos de la legislación mercantil.

5) El cese de D. Alberto como consejero independiente de Kvothe Beer, S.A.

De todas maneras, las decisiones de Newco Buyer, S.L., o cualquier operación de modificación estructural de la misma tendrán que ser aprobadas por el Cliente y Chetae, S.L., por dos razones:

- 1-. La existencia de un acuerdo de socios
- 2-. La sociedad de Newco Buyer, S.L., es propiedad al 50% de cada uno de los socios.

En todo caso, en la resolución del supuesto de hecho se ha partido de la previsión de que existiría acuerdo con Chetae, S.L., para tomar las medidas oportunas porque en caso de no existir, la situación se complicaría ya que Chetae, S.L., podría dejar en el Consejo de Administración en minoría al Cliente. Esta situación podría dar lugar a acciones de impugnación de los acuerdos sociales por parte del Cliente, y acciones de responsabilidad contra los consejeros: D. Alberto y D. Pablo, siempre y cuando, sus acciones causaren por dolo o culpa perjuicios a los intereses del Cliente.

La falta de acuerdo entre los dos partícipes de Newco S.L., abocaría a la disolución de la sociedad debido a la paralización de los órganos sociales tal y como dispone el artículo 363 d) LSC, salvo que existiera una venta de participaciones.



COMILLAS ABOGADOS & ASOCIADOS