



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FIN DE MÁSTER: CASO PRÁCTICO MULTIDISCIPLINAR

Máster Universitario en Derecho de Empresa

Autor: Sofía Honrubia Puente

Tutor: Sara Díez Riaza

Convocatoria Enero 2022

RESUMEN:

El propósito del siguiente trabajo, es elaborar un informe jurídico que aborde las diversas cuestiones societarias y mercantiles planteadas por el abogado de la empresa MarvelWeisser Inc. en el contexto de una compraventa de empresa y un escenario financiero inestable, fruto de la situación ocasionada por el COVID-19. Todo ello, en aplicación del ordenamiento jurídico español y la interpretación de la normativa de los Juzgados y Tribunales nacionales. Entre las cuestiones analizadas, nos encontramos con la terminación de dos contratos de distribución, la superación de la prohibición de asistencia financiera, un conflicto de intereses por parte de un administrador y una situación financiera pésima que debe corregirse.

Palabras clave: “contrato de distribución”, “fusión apalancada”, “deber de lealtad”, “conflicto de interés”, “asistencia financiera”, “compraventa”.

ABSTRACT:

The purpose of the following work is to prepare a legal report that addresses the various corporate and commercial issues raised by the lawyer of the company MarvelWeisser Inc. in the context of a company purchase and a unstable financial scenario, resulting from the situation caused by the COVID-19. All this, in application of the Spanish legal system and the interpretation of the regulations of the national Courts and Tribunals. Among the issues analyzed, we find the termination of two distribution contracts, the overcoming of the prohibition of financial assistance, a conflict of interest on the part of an administrator and a poor financial situation that must be corrected.

Keywords: “distribution contract”, “leveraged merger”, “duty of loyalty”, “conflict of interest”, “financial assistance”, “sale and purchase”.

ÍNDICE

I. OBJETO DEL INFORME	1
II. ANÁLISIS	1
i. Análisis de la extinción del contrato de distribución suscrito entre Denna y Kvothe Beer	1
A. <i>No respetar el plazo de preaviso</i>	<i>2</i>
B. <i>Indemnización por clientela</i>	<i>2</i>
C. <i>Valoración del escenario</i>	<i>3</i>
ii. Análisis de las acciones que pueden interponer Kvothe Beer y Newco Buyer frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer	3
A. <i>Acción social de responsabilidad.....</i>	<i>3</i>
B. <i>Incumplimiento de la prestación debida o acción individual de responsabilidad.....</i>	<i>5</i>
iii. Análisis de las acciones que D. Alberto Montenegro puede interponer frente a Newco Buyer, Chetae o MarvelWeisser Inc. como miembro del consejo de Kvothe Beer	5
iv. Análisis del procedimiento a seguir por Chetae para ejercitar su opción de venta así como estudio del Derecho aplicable en caso de entender MarvelWeisser Inc. que tal ejercicio no procede.....	6
A. <i>Ejercicio de la opción de la venta</i>	<i>6</i>
B. <i>Derecho aplicable en caso de controversia.....</i>	<i>6</i>
v. Análisis de las complicaciones que podrían derivarse para Kvothe Beer del contrato suscrito con Espumas de Marbella.....	7
A. <i>Posibles acciones a interponer por Espumas de Marbella.....</i>	<i>7</i>
B. <i>Posibles reclamaciones contra D. Alberto Montenegro o Denna por la no puesta de manifiesto del contrato con Espumas de Marbella durante el proceso de revisión legal</i>	<i>7</i>
C. <i>Consecuencias jurídicas de la entrega de información a Espumas de Marbella por D. Alberto Montenegro.</i>	<i>8</i>
vi. Cuestiones de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer	8
A. <i>Facultad de D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa para adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro</i>	<i>8</i>
B. <i>Facultad de Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa para adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra</i>	<i>9</i>
C. <i>Facultad de D. Alberto Montenegro para comparecer en el consejo</i>	<i>9</i>
D. <i>Facultad del consejo para adoptar, pese a no estar en el orden del día, un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro. Alternativas de MarvelWeisser Inc. para emprender una acción legal ante D. Alberto Montenegro a raíz de su actitud</i>	<i>9</i>
vii. Análisis del traslado de 15 empleados en la operación de compraventa. Consecuencias jurídicas de esta actuación.....	9
viii. Análisis de la existencia de asistencia financiera. Implicaciones para el negocio jurídico de préstamo y posibles complicaciones para la inscripción de la escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad.....	11
III. ESTRATEGIA A LA LUZ DE LOS ANTERIORES ANÁLISIS.....	11
IV. BIBLIOGRAFÍA	13

I. Objeto del Informe

El grupo MarvelWeisser Inc. (el “**Grupo**”), en la búsqueda de una expansión de su negocio en Europa, compró junto a la sociedad Chetae, S.L., propiedad de una familia reputada de Bilbao, la sociedad Kvothe Beer, S.A., cuyo socio era D. Alberto Montenegro.

Debido a la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y las distintas medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirla, la cifras de ventas de Kvothe Beer, S.A. han disminuido considerablemente, llevando a la sociedad a plantearse la toma de decisiones urgentes para paliar esta situación.

En este contexto, el abogado de MarvelWeisser Inc. ha solicitado al Despacho la elaboración de un informe jurídico que analice una serie de cuestiones y que proponga a su vez, una recomendación concreta de la estrategia a seguir. Las cuestiones que serán analizadas son las siguientes:

- (ii) Análisis de la extinción del contrato de distribución suscrito entre Denna, S.L. (en adelante Denna) y Kvothe Beer, S.A. (en adelante Kvothe Beer) , teniendo en cuenta que Denna, cuyo socio es D. Alberto Montenegro, fue constituida para organizar la distribución de los productos de Kvothe Beer.
- (iii) Análisis de las acciones que pueden interponer Kvothe Beer y Newco Buyer, S.L. (en adelante Newco Buyer) frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer.
- (iv) Análisis de las acciones que D. Alberto Montenegro puede interponer frente a Newco Buyer, Chetae, S.L. (en adelante Chetae) o MarvelWeisser Inc. como miembro del consejo de Kvothe Beer.
- (v) Análisis del procedimiento a seguir por Chetae para ejercitar su opción de venta, así como estudio del Derecho aplicable en caso de entender MarvelWeisser Inc. que tal ejercicio no procede.
- (vi) Análisis de las complicaciones que podrían derivarse para Kvothe Beer del contrato suscrito con Espumas de Marbella, S.A. (en adelante Espumas de Marbella).
- (vii) Cuestiones de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer.
- (viii) Análisis del traslado de 15 empleados en la operación de compraventa. Consecuencias jurídicas de esta actuación.
- (ix) Análisis de la existencia de asistencia financiera. Implicaciones para el negocio jurídico de préstamo y posibles complicaciones para la inscripción de la escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad.
- (x) Recomendación de la estrategia legal con la que se debe proceder.

II. Análisis

i. Análisis de la extinción del contrato de distribución suscrito entre Denna y Kvothe Beer

De manera previa al análisis de esta primera cuestión, resulta conveniente recordar el contexto en el que se constituye el contrato de distribución, ya que será de gran ayuda a la hora de valorar las consecuencias jurídicas de su terminación. Tanto la sociedad Denna, como el contrato de distribución en exclusiva entre la anterior y Kvothe Beer, surgen de la urgente necesidad de organizar la distribución de los productos de Kvothe Beer, que se había desbordado dada la calidad del producto.

Pues bien, en este contexto, se celebró un contrato indefinido de distribución exclusiva. Este contrato es atípico, regulándose por la Ley de Contrato de Agencia¹ y el Código Civil², cuerpos normativos a los que habremos de remitirnos para valorar las consecuencias jurídicas de un desistimiento unilateral por parte de Kvothe Beer. En atención a los mismos, las posibles indemnizaciones a las que podría tener que hacer frente Kvothe Beer, derivarían de los siguientes hechos: **(a)** no respetar el suficiente preaviso a la hora de desistir, que traería como consecuencia la indemnización de las inversiones no amortizadas o el excedente de stock y **(b)** la supuesta captación de clientela por parte de Denna durante el periodo en el que el contrato estuvo vigente, que llevaría aparejada una indemnización por el futuro disfrute que haría Kvothe Beer de esos nuevos clientes.

¹ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (“**Ley de Contrato de Agencia**”) (“**LCA**”).

² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (“**CC**”).

A. No respetar el plazo de preaviso

El contrato de distribución exclusiva, al ser indefinido, podrá extinguirse mediante el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes con arreglo a los principios de la buena fe (art. 7.1 CC). De esta manera, el deber de buena fe que preside la ejecución de los contratos de distribución, exige un preaviso con una antelación razonable de la intención de poner fin a la relación contractual.

A falta de preaviso establecido por la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), se ha venido acudiendo a la LCA, y en particular, a su artículo 25, que fija un plazo de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. No obstante, se trata de un criterio orientativo³, siendo la principal cuestión a tener en cuenta la sorpresividad o la falta de margen prudente⁴. Además, según nuestra jurisprudencia, estas dos notas no pueden en ningún caso obviarse por la razonabilidad de la extinción⁵, lo cual no implica que no puedan ser atenuadas, viéndose reducido el plazo de preaviso en casos específicos.

En este sentido, se entiende que el plazo deberá ser el adecuado según las circunstancias⁶, existiendo derecho a solicitar una indemnización si *“el escaso margen temporal del mismo causó un daño específico o una agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior”*⁷. Finalmente, en algunas ocasiones, se exige una justa causa, la cual no supondría ningún problema en nuestro caso, al resultar patente la gran disminución de la cifra de ventas fruto de la situación ocasionada por el COVID-19.

En cuanto a esta circunstancia extraordinaria, y a la luz de la evolución de las reclamaciones contractuales y análisis pormenorizado de la situación, resulta conveniente hacer una breve mención a la exclusión de la posibilidad de resolver el contrato por la vía de la fuerza mayor, entendiendo que tal acción no conduciría a un resultado satisfactorio. Por el contrario, si lo que se pretendiese fuera la modificación del contrato, si que podría resultar acertada aplicar la vía abierta por la cláusula *rebus sic stantibus*.

En consecuencia, y volviendo al plazo de preaviso, con el fin de evitar una indemnización por falta de preaviso, que podría ser estructurada por Denna mediante una acción para el resarcimiento de daños contractuales al amparo de los artículos 1101, 1106 y 1007 del CC, y que no solo comprendería el daño emergente, resultante de las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de resolución⁸; sino también el lucro cesante, que consistiría en los incrementos patrimoniales que se esperaban obtener y que se han visto frustrados⁹, consideramos que a la ahora de desistir unilateralmente, Kvothe Beer debe respetar un preaviso de 4 meses.

Finalmente, hacer alusión, a que los anteriores daños: las inversiones no amortizadas y la falta de stock; no otorgarían derecho de reclamación alguno en caso de respetarse el plazo de preaviso¹⁰. La única salvedad, radicaría, en que hubiera existido una inducción al distribuidor para que realizará determinadas inversiones, lo cual no resulta aplicable en el presente supuesto.

B. Indemnización por clientela

Continuando el análisis, la segunda acción que podría ejercitar Denna contra Kvothe Beer sería la correspondiente a una indemnización por clientela, propia de los contratos de agencia (art. 28 LCA) y extensible a los contratos de distribución¹¹. Esta podría serles concedida de probar Denna *“una apreciación potencial sobre la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, es decir, de lo que se ha denominado un*

³ STS de 28 enero de 2002 [RJ 2305].

⁴ STS de 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321], 18 de julio de 2012 [RJ 2012/8363] y 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858].

⁵ STS de 17 de enero de 2019 [RJ 3600/ 2015].

⁶ STS de 21 de abril de 1979 [RJ 931/1980].

⁷ STS de 29 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6515] y 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321].

⁸ STS de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002].

⁹ Siendo un criterio razonable el beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia y proyectarlo sobre los meses que había continuado el contrato desde el preaviso de haberse realizado éste de conformidad con la Ley (STS de 17 de enero de 2019 [RJ 3600/ 2015]).

¹⁰ STS de 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228].

¹¹ STS de 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393].

*pronóstico razonable acerca de un comportamiento de la clientela en relación con el empresario*¹².

Además, conviene apuntar, que el aprovechamiento de la clientela por el concedente no está supeditado a que éste pase a vender sus productos directamente al consumidor final, sino que también se da cuando nombra a un nuevo distribuidor¹³, como podría ser Espumas de Marbella.

Con todo esto, y trayendo a colación el contexto expuesto en la introducción del presente apartado, en caso de ejercitar Denna la presente acción, Kvothe Beer deberá dotarse de una defensa en la que se haga especial hincapié en que la clientela es fruto de la calidad del producto y no de los esfuerzos de Denna. Asimismo, se deberá puntualizar que en ambas sociedades (Denna y Kvothe Beer) era D. Alberto Montenegro el socio, resultando incoherente atribuirle mérito por haber realizado una buena distribución de los productos de su empresa.

Finalmente, mencionar, que no es válido el pacto que excluya la indemnización por clientela y que en caso de ejercitarse la acción sobre un contrato de distribución, la prescripción aplicable será el plazo general de cinco años previsto en el artículo 1964 del CC¹⁴.

C. Valoración del escenario

Para concluir el presente apartado, consideramos que el peor escenario en el que se podría encontrar Kvothe Beer consistiría en tener que indemnizar a Denna por la captación de clientela, viéndose obligado a indemnizar una suma que no podrá superar *“el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años”* (art. 28.3 LCA).

En este sentido, la jurisprudencia ha venido entendiendo que las remuneraciones vienen construidas por la diferencia entre el precio de compra y el precio de reventa, debiendo entenderse esta diferencia en términos netos¹⁵.

No obstante, este escenario se encuentra condicionado a que Kvothe Beer cumpla efectivamente con el plazo de preaviso propuesto, ya que de lo contrario, podría encontrarse teniendo que afrontar su vez, una indemnización por resarcimiento de daños contractuales. En este sentido, la jurisprudencia establece que la acción de indemnización por clientela y la emanada de la falta de preaviso no son excluyentes¹⁶.

ii. Análisis de las acciones que pueden interponer Kvothe Beer y Newco Buyer frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer y aquellas derivadas del contrato de compraventa de Kvothe Beer

En el contexto de este análisis, conviene diferenciar dos acciones. En primer lugar, la ejercitable por Kvothe Beer frente a D. Alberto Montenegro por incumplimiento de sus funciones como miembro del consejo de administración, que sería la acción social de responsabilidad regulada en el artículo 238 del TRLSC¹⁷, o en caso de que está no se entendiera aplicable, la acción de cesación prevista en el artículo 224 del TRLSC. Y en segundo lugar, la ejercitable por Newco Buyer como parte del contrato de compraventa en el que D. Alberto Montenegro se obligaba a permanecer en el puesto de consejero hasta el 31 de diciembre de 2022. Esta última se podría ejercitar de dos formas: a través de la acción individual de responsabilidad (art. 241 TRLSC) o mediante un incumplimiento contractual regulado por las disposiciones generales del Código Civil.

A. Acción social de responsabilidad

A la luz de los hechos expuestos, queda probado que D. Alberto Montenegro ha infringido de manera drástica el deber de lealtad previsto en el artículo 227.1 del TRLSC, que recoge la obligación que tienen los administradores de *“desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*. Así, D. Alberto

¹² STS de 9 de febrero de 2006 [RJ 2006/671] y 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427].

¹³ STS de 26 de marzo de 2008 [RJ 2008/4128].

¹⁴ SSTS de 22 de julio de 2008 [RJ 2008/4610] y 16 de febrero de 2010 [RJ 2010/537].

¹⁵ STS de 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293].

¹⁶ STS de 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321].

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“**TRLSC**”).

Montenegro, no solo ha incumplido la previsión general, sino también las obligaciones básicas derivadas del mismo, no guardando secreto sobre la información que ha conocido por razón de su cargo y no absteniéndose de involucrarse en caso de conflicto de intereses (art. 229 TRLSC). En este sentido, D. Alberto Montenegro, ha divulgado información confidencial a Espumas de Marbella y ha amenazando con tomar todas las medidas necesarias contra Kvothe Beer en caso de que este de por terminado el contrato de distribución exclusiva con Denna, el cual ha sido analizado en el apartado anterior.

Así, a la hora de justificar el conflicto de interés, han existido ciertas controversias sobre si el mismo debe ser permanente o basta con que sea ocasional. La doctrina ha sido muy variada, pues algunos juristas se han decantado porque este ha de ser relevante y permanente, y otros defienden que, si el conflicto es ocasional y grave, también se puede considerar que se está atacando al interés social. Actualmente, parece que se permite que dicho conflicto sea ocasional si es de una entidad grave, pues va en contra del interés social de forma peligrosa.

En este sentido, los anteriores argumentos se fundamentan en que, si en dicho conflicto, el administrador pone por delante sus intereses individuales a los comunes de la sociedad (art. 225 TRLSC), habrá en todo caso una contravención de los deberes de lealtad y fidelidad, dejando de ser relevante la duración de esta situación. Consecuentemente, y en atención a la anterior doctrina, no surge ninguna duda acerca de la existencia de un conflicto de intereses en nuestro caso.

A raíz de estos hechos, Kvothe Beer se encuentra facultado para ejercer la acción social de responsabilidad recogida en el artículo 238 del TRLSC, que lleva aparejada desde su aprobación, la destitución del miembro del consejo al que vaya dirigida. Esta destitución o cese automático del cargo de administrador se fundamenta en la pérdida de confianza, criterio necesario para sustentar la relación de la junta general y los administradores.

Los presupuestos para el ejercicio de esta acción social de responsabilidad serían los siguientes. En primer lugar, una acción u omisión antijurídica realizada por los administradores en su condición de tales, pudiendo acreditarse la culpa de estos. En segundo lugar, un daño evaluable económicamente y finalmente, una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión¹⁸. Atendiendo a estos criterios, resulta de gran relevancia establecer un daño evaluable económicamente, ya que de lo contrario, esta acción no prosperaría y debería cesarse al administrador por la vía del artículo 224 del TRLSC.

Pues bien, en lo que concierne a la aplicación de las anteriores medidas (la acción social de responsabilidad y la acción de cesación), ambas deberán ser aprobada por la junta general de accionistas mediante mayoría ordinaria y a solicitud de cualquier socio, no debiendo constar obligatoriamente en el orden del día. No obstante, en defecto de acuerdo de junta general (o inactividad aún con acuerdo), se prevé la legitimación activa de una minoría cualificada de socios (5% del capital social) y, en última instancia, la de los acreedores perjudicados, pudiendo Newco Buyer, Chetae o MarvelWeisser Inc. ejercer las anteriores acciones.

Continuando, y cesado D. Alberto Montenegro, bien por la vía del artículo 224 o 238 del TRLSC, conviene recordar que la composición del consejo de administración estará formada por al menos tres miembros. Por tanto, siguiendo la Resolución de la DGRN de 10 de mayo de 2011, que en un contexto idéntico al nuestro prevé la posibilidad de nombrar a un nuevo consejero para evitar una paralización en la vida social, se deberá nombrar en la misma junta a otro administrador.

Asimismo, conviene añadir, que no se podría contemplar en dicha junta el cambio de estructura del órgano de administración (por ejemplo, si había un consejo de administración, no se puede pasar al sistema de administrador único sin que figure este extremo en el orden del día)¹⁹. Concluyendo, dicha cesación y nombramiento deberán inscribirse en el Registro Mercantil, siguiendo lo dispuesto en los artículos 148 y 142 del RRM²⁰.

¹⁸ STS de 16 de abril de 2018 [RJ 3050/2015].

¹⁹ Resolución de la DGRN de 23 de julio de 2019 [BOE-A-2019-13596].

²⁰ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil ("RRM").

B. Incumplimiento de la prestación debida o acción individual de responsabilidad

Como ya se adelantaba al principio del presente apartado, a raíz del cese de D. Alberto Montenegro, se estaría incumplimiento una de las cláusulas estipuladas en el contrato de compraventa de 25 de febrero de 2020, encontrándonos ante una imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida y resultando aplicables los artículos 1182 y 1184 del Código Civil.

En los anteriores artículos, se libera al deudor de responsabilidad en caso de pérdida o destrucción de la cosa o imposibilidad legal o física de realizar la prestación, siempre y cuando el mismo haya actuado sin culpa. En los que nos concierne, resulta patente la culpa de D. Alberto Montenegro en su cese, por haber infringido el deber de lealtad y por no haberse abstenido en una situación de conflicto de intereses. Por lo que la obligación prevista en el contrato de compraventa no se desvanecería por su imposibilidad de ejecución, sino que subsistiría. Es lo que se conoce como *perpetuatio obligationis*, denominación que implica que la obligación subsiste transformándose el objeto de la misma²¹.

Por tanto, al no encontrarnos ante un supuesto de extinción de la obligación, sino ante un incumplimiento imputable a D. Alberto Montenegro, habría lugar a una indemnización por daños y perjuicios, que se articularía a través del artículo 1101 del Código Civil, en la medida y cuantía que corresponda en atención a la causa del incumplimiento²².

Finalmente, la anterior reclamación también podría materializarse a través de la acción individual de responsabilidad, por ser Newco Buyer socio de Kvothe Beer y haber visto lesionados sus intereses (art. 241 TRLSC), solicitando una indemnización por los daños y perjuicios que considere conveniente.

iii. Análisis de las acciones que D. Alberto Montenegro puede interponer frente a Newco Buyer, Chetae o MarvelWeisser Inc. como miembro del consejo de Kvothe Beer

En primer lugar, como miembro del consejo de administración y en su deber de proteger los intereses de la sociedad (art. 227.1 TRLSC), D. Alberto Montenegro²³ podría plantearse la interposición de una acción de nulidad contra el contrato de préstamo celebrado entre Banksanva, S.A (en adelante Banksanva) como prestamista y Newco Buyer, Chetae y MarvelWeisser Inc. como prestatarios. Esta acción se fundamentaría en la existencia de asistencia financiera, ya que para financiar la adquisición de la sociedad, se está constituyendo una hipoteca sobre un inmueble que supone la principal factoría y embotelladora de Kvothe Beer.

Así, y dejando para el último apartado el análisis detallado de las existencia, consecuencias y soluciones de la asistencia financiera, se ha de aclarar que D. Alberto Montenegro, al no haber intervenido en la aprobación del contrato de préstamo, estaría facultado para instar la acción de nulidad del mismo (no del negocio jurídico principal de adquisición por razones que se verán más adelante). En este sentido, se ha incumplido el artículo 150 del TRLSC, que al ser una norma prohibitiva que no recoge sanción alguna para su contravención, su incumplimiento queda amparado bajo el artículo 6.3 del Código Civil, que establece que, a falta una previsión distinta, los actos contrarios a las normas prohibitivas son nulos de pleno derecho²⁴.

Continuando, podría plantearse también la impugnación del acuerdo social por el que se aprueba la concesión de tales garantías. En este sentido, al haberse ejecutado las mismas sobre un activo esencial, y en virtud del artículo 160.f. del TRLSC, la aprobación se habría realizado por la junta general. Consecuentemente, y según lo previsto en los artículos 204 y 206 del TRLSC, D. Alberto Montenegro, podría proceder a esta impugnación, ya que el acuerdo sería contrario a la ley (en particular al art. 150 TRLSCP) y perjudicial para el interés social, al gravarse un bien esencial de la sociedad sin ningún beneficio aparente.

Finalmente, D. Alberto Montenegro, podría interponer también una acción de responsabilidad contra los que hubieran sido administradores de Kvothe Beer cuando se aprobó la

²¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, en *Canales de Derecho*, Universidad de Murcia, Vol. 20, 2002, pg.39.

²² *Id.*

²³ Está acción también podría ser ejercitable por terceros con derechos legítimos, como BankSuisse, S.A.

²⁴ SSTs de 2 de julio [RJ 604/2010] y 9 de diciembre de 2012 [RJ 87/2010].

anterior garantía, ya que estos serían responsables civilmente de los daños que hubiese causado esta actuación ilegal.

iv. Análisis del procedimiento a seguir por Chetae para ejercitar su opción de venta así como estudio del Derecho aplicable en caso de entender MarvelWeisser Inc. que tal ejercicio no procede.

Remontándonos a la constitución de Newco Buyer, los socios Chetae y MarvelWeisser Inc., suscribieron un contrato en el que se preveía una opción de venta sobre todas las participaciones, ejercitable por Chetae en caso de que los resultados financieros de Kvothe Beer fueran inferiores al plan de negocios en los tres años consecutivos. De esta forma, dada la abrumante disminución de la cifra de ventas, se plantea el ejercicio de la presente opción, así como el Derecho a contemplar en caso de que surja una controversia relativa a su aplicabilidad.

A. Ejercicio de la opción de la venta

El proceso de ejercicio de la opción de venta por parte de Chetae, se sujetará en primer lugar, a lo regulado por las partes en el contrato de socios. En segundo lugar, a lo previsto en los estatutos. Y en tercer lugar, al artículo 107 del TRLSC. Pues bien, desconociendo el contenido del contrato y los estatutos, y asumiendo que guardan silencio sobre el ejercicio de la opción, procedemos a explicar el régimen previsto en el artículo 107 del TRLSC.

En primer lugar, la opción se ejercita por todas las participaciones (tal y como se prevé en el contrato de socios), debiendo comunicarse su ejercicio a la sociedad y siendo preciso aportar informando sobre al precio, forma de pago y demás condiciones que se hubieran pactado. De cualquier forma, de no haberse pactado las anteriores cuestiones, *“el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta”* (art. 107 TRLSC). Finalmente, deberá otorgarse documento público en el plazo de un mes a contar desde la comunicación, así como inscribir la correspondiente unipersonalidad sobrevenida en el plazo de 6 meses (art. 14 TRLSC).

B. Derecho aplicable en caso de controversia

En relación al Derecho aplicable a la posible controversia surgida del presente contrato de socios, suscrito entre una entidad de Tennessee y una entidad española, debemos remitirnos al Reglamento Roma I²⁵.

Pues bien, para poder establecer si efectivamente es de aplicación el anterior reglamento, han de observarse tres cuestiones. En primer lugar, el tribunal competente para conocer del asunto, que en el presente supuesto, serían los tribunales de Madrid. En segundo lugar, la fecha de suscripción del contrato, que a pesar de no especificarse, al haber sido la operación en 2020, queda claro que queda bajo el ámbito de aplicación temporal del RRI. Y en tercer lugar, la materia objeto de controversia, que al ser una obligación mercantil, queda cubierta bajo el ámbito de aplicación material del Reglamento (art.1 RRI).

Continuando, y habiendo aclarado la aplicabilidad del RRI, debemos remitirnos a su artículo 4, y en especial a sus apartados 2, 3 y 4, que establecen lo siguiente:

2. *“Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.*
3. *Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.*
4. *Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.*

Teniendo en cuenta los anteriores apartados, a nuestro juicio, el precepto a aplicar sería el contemplado en el art. 4.4. del RRI, ya que no existe una única prestación característica del

²⁵ Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“**Reglamento Roma I**”) (“**RRI**”).

contrato que pueda determinar qué residencia debe tenerse en cuenta. De hecho, de aplicar está estipulación, el derecho aplicable podría variar en función de la cláusula del contrato de socios que sea objeto del litigio.

Por todo esto, aplicando el art. 4.4 del RRI, consideramos que el Derecho aplicable sería el español, ya que este sería el país con el que el contrato presenta vínculos más estrechos. En este sentido, el contrato de socios está sometido a los tribunales de Madrid, es sobre una sociedad española y una de las partes es otra sociedad española, predominando claramente España.

v. Análisis de las complicaciones que podrían derivarse para Kvothe Beer del contrato suscrito con Espumas de Marbella

Una vez conocida la existencia de un contrato de distribución exclusiva con Espumas de Marbella para Costa del Sol, habiendo adquirido la anterior sociedad durante 10 años para su reventa más de 3 millones de euros anuales en productos de Kvothe Beer, surgen una serie de cuestiones.

A. Posibles acciones a interponer por Espumas de Marbella

Retomando lo expuesto en el apartado I.i.A. de este informe, acerca de los contratos de distribución, reiteramos que los mismos son atípicos, debiendo aplicarse por tanto, la Ley de Contrato de Agencia y el Código Civil. Así, y teniendo en cuenta las posibles reclamaciones que pueden derivar de la terminación de este tipo de contratos (*vid. apdo. I.i.A.*), Espumas de Marbella únicamente podría instar una acción de indemnización por daños y perjuicios, solicitando la recompra del stock de distribución, si se desistiera unilateralmente del contrato sin un preaviso suficiente.

De esta manera, y con carácter general (esto es, al margen de lo pactado las partes), no cabe considerar que la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor constituya un elemento natural del contrato²⁶. Sin embargo, la larga duración de la relación contractual, unida a la falta de comunicación por el concedente de su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente para que el distribuidor pudiera gestionar la venta de su stock, pueden conducir en el reconocimiento al distribuidor de un derecho a ser indemnizado por el daño ocasionado²⁷. Asimismo, la indemnización deberá ser calculada con relación al precio de adquisición de los productos en stock y no al precio de venta de los mismos, siendo este 3 millones de euros.

Finalmente, en relación a este preaviso, se debe tener en cuenta las consideraciones ya expuestas, siendo lo más aconsejable optar por el preaviso máximo de 6 meses previsto en la LCA. Por otra parte, en caso de materializarse la anterior reclamación, habría que estar a lo previsto en el siguiente apartado.

B. Posibles reclamaciones contra D. Alberto Montenegro o Denna por la no puesta de manifiesto del contrato con Espumas de Marbella durante el proceso de revisión legal

A la hora de valorar las repercusiones de esta falta de información, primero habría que acudir a las manifestaciones y garantías otorgadas en el contrato de compraventa, de manera que, en caso de estar prevista esta situación, se aplicase primeramente la solución contemplada en el contrato o se reclamase la situación al amparo de estas manifestación. En este sentido, las manifestaciones tienen la virtualidad de desplazar sobre su autor el riesgo de su falsedad.

Así, conviene traer a colación la siguiente regla del Derecho Romano “*quien afirma lo que ignora, responde, aunque no incurra en dolo*”. Los romanos ya consideraban como vicio redhibitorio la afirmación de la existencia de una cualidad que luego no concurría en la cosa. Y lo mismo ocurre en nuestro ordenamiento, permitiéndonos articular una reclamación a través de la acción redhibitoria del artículo 1486 del Código Civil, que permite que el comprador opte entre desistir del contrato con el correspondiente abono de los gastos que pago, o imponga una rebaja de este en una cantidad proporcional a los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida. No obstante, dicha opción se ve mermada en caso de que el vicio no sea sustancial, pudiendo solicitar únicamente la rebaja.

²⁶ STS de 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228].

²⁷ STS de 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228].

De igual forma, habría que fijarse en la existencia de cláusulas que pudieran exonerar al vendedor de su responsabilidad. Sin embargo, al no poder acceder al contrato de compraventa y fundamentar las anteriores acciones, sostenemos que la opción a contemplar sería la reclamación de daños y perjuicios por dolo incidental contractual (art. 1270CC), exigiendo el pago de la cantidad a la que se tendrá que hacer frente por la terminación del contrato de distribución exclusiva con Espumas de Marbella, S.A. (3 millones de euros) o en caso de optar por un preaviso, los gastos incurridos durante este periodo.

Nos encontramos ante un supuesto de dolo incidental cuando existe un deber de hablar y comunicar circunstancias importantes para la otra parte, y el vendedor las silencia²⁸. Este deber se verá marcado por el objeto del contrato, de manera que el vendedor deberá facilitar toda la documentación relevante para la operación que obre en su poder. En este sentido, conviene precisar, que a pesar de no hallarse el contrato en poder de Kvothe Beer, sino de Denna, el socio de ambas era D. Alberto Montenegro, por lo que no cabe ninguna duda de que el mismo estaba al corriente de la existencia de dicho contrato. Por tanto, y resultando obvia la importancia del contrato para la transacción, la actuación omisiva de D. Alberto Montenegro no se encuentra amparada bajo ninguna excusa, constituyendo un caso claro de dolo.

Continuando, y para acreditar que D. Alberto Montenegro era consciente de la importancia que el conocimiento de este contrato podía tener en la transacción, se ha de tener en cuenta que los tribunales utilizan como referencias de importancia la definiciones de aspectos relevantes que se han hecho de manera previa a la due diligence. Consecuentemente, convendría revisar los mismos.

Finalmente, es digno de resaltar, que el Tribunal Supremo ha sostenido siempre de modo implícito, la validez de la regla por la que se desplazan al comprador los riesgos de defectos de la cosa vendida que pudieran haber sido conocidos con el empleo de la diligencia ordinaria, bien porque constaba en la documentación que el comprador tuvo en su poder²⁹, bien porque podía haberse obtenido el conocimiento oportuno mediante la práctica de gestiones simples³⁰. De esta manera, se habrá de realizar un hincapié especial en la imposibilidad de conocer la existencia del anterior contrato.

C. Consecuencias jurídicas de la entrega de información a Espumas de Marbella por D. Alberto Montenegro.

Tal y como se expone en el apartado III.A, la entrega de información conocida por D. Alberto Montenegro en su calidad de consejero de Kvothe Beer, daría lugar al ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 238 TRLSC), así como a la cesación de su cargo de administrador por la pérdida de confianza ocasionada a la junta.

De esta manera, y remitiéndonos nuevamente al apartado III.A, la cesación podría llevarse a cabo como consecuencia de la acción social de responsabilidad o mediante la acción de cesación prevista en el artículo 223 del TRLSC.

vi. Cuestiones de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer

A. Facultad de D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa para adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro

Salvo que en un pacto de socios se exija la presencia de todos los consejeros para la válida constitución del consejo, y en virtud del art. 247.2 del TRLSC, si que será posible la constitución del consejo sin D. Alberto Montenegro, requiriéndose únicamente la asistencia de la mayoría de los vocales, entendiéndose que tal mayoría concurre en supuestos de consejeros impares, cuando “*haya más miembros presentes que ausentes*”³¹. De esta manera, si el consejo tiene tres miembros, puede constituirse válidamente y adoptar todo tipo de acuerdos con la asistencia de solo dos de sus miembros³². Además, se podrán adoptar acuerdos por llegar a la

²⁸ SSTS de 21 junio de 1978 [RJ 1978/2359] y 29 marzo de 1994 [RJ 1994/ 2304].

²⁹ STS de 8 julio de 1994 [RJ 1994/ 6300].

³⁰ STS de 12 junio de 1997 [RJ 1997/ 4770].

³¹ ALFARO, JESÚS: “ Caracteres, regulación y funcionamiento del Consejo de Administración”, Almacén de Derecho online, 2019 (disponible en <https://almacenederecho.org/caracteres-regulacion-y-funcionamiento-del-consejo-de-administracion>; última consulta 06/01/2021).

³² Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 2016 [BOE-A-2019-13596].

mayoría absoluta (art. 248 TRLSC), no resultando válidas las previsiones que exijan el voto favorable de un número de consejeros superior al presente³³.

B. Facultad de Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa para adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra

Con el mismo condicionante expuesto en el apartado anterior, en principio, la mayoría legal prevista para la adopción de acuerdos en el consejo de administración sería la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, lo que significa, que el acuerdo ha de ser adoptado por más de la mitad de los consejeros presentes o representados. En este sentido, al estar el consejo constituido por tres miembros, bastaría con que 2 de ellos votaran a favor de los acuerdos (D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa), no necesitando por tanto, el voto favorable de D. Alberto Montenegro.

C. Facultad de D. Alberto Montenegro para comparecer en el consejo

De acuerdo con el artículo 228.c) del TRLSC, una de las obligaciones básicas del deber de lealtad consiste en “*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*”. Consecuentemente, y habiendo quedado patente en apartados anteriores la existencia de un conflicto de interés, D. Alberto Montenegro no tendría plenos derechos para comparecer y votar en el consejo.

D. Facultad del consejo para adoptar, pese a no estar en el orden del día, un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro. Alternativas de MarvelWeisser Inc. para emprender una acción legal ante D. Alberto Montenegro a raíz de su actitud

Para solucionar la presente cuestión, conviene recordar que los consejeros están obligados a acudir a los consejos, así como traer a colación la STS de 20 de mayo de 2013³⁴ en la que se sienta doctrina según la cual:

“el orden del día... no constituye un requisito esencial para la validez de la convocatoria del consejo. Consecuentemente, en principio, la validez de la convocatoria no queda supeditada a la inclusión de los asuntos que forman el orden del día, de forma que pueden ser tratados todos los asuntos que el consejo considere oportunos”.

Por tanto, no habría inconveniente alguno en adoptar un acuerdo para exigir responsabilidades aunque no conste en el orden del día, salvo que los consejeros no cuenten con suficiente información. Además, de no adoptarse tal acuerdo en el consejo, la junta está facultada para aprobar la acción social de responsabilidad y la acción de cesación sin necesidad de que conste en el orden del día de la junta (arts. 238, 223 y 224 TRLSC).

vii. Análisis del traslado de 15 empleados en la operación de compraventa. Consecuencias jurídicas de esta actuación

En lo que nos ocupa, la movilidad funcional de 15 empleados debería analizarse conforme a los cambios sustanciales de las condiciones de trabajo o régimen de cesión contractual, sin aplicar el régimen de sucesión de empresa previsto en el artículo 44 del ET³⁵. En este sentido, la jurisprudencia española ha dejado claro que en los supuestos de adquisición de la totalidad o mayoría de las acciones, no se altera formalmente la titularidad de la empresa, por seguir manteniendo la sociedad su personalidad jurídica. Lo cual, trae como consecuencia la no aplicabilidad del artículo 44 del ET, cuyo requisito objetivo consistiría en dicho cambio de titularidad.

Por tanto, las únicas consecuencias jurídicas posibles, se ampararían en el incumplimiento de los requisitos previstos para la cesión contractual y para la modificación sustancial de las funciones de los trabajadores. Así, y en primer lugar, se ha de precisar que la sucesión contractual mediante acuerdo de la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art.

³³ Resolución de la DGRN de 16 de octubre de 2017 [BOE-A-2017-12757].

³⁴ STS de 20 de mayo de 2013 [3938/2013].

³⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“ET”).

44 del ET, constituye una novación por cambio del empleador, que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del CC³⁶. Por lo que, de no existir este consentimiento, el traspaso sería nulo.

No obstante, aún habiéndose dado dicho consentimiento, a través de la adquisición de una empresa se pueden dar cambios sustanciales en lo relativo al empleo, y particularmente, en las condiciones de trabajo de los empleados. En lo que nos concierne, el artículo 41.f del ET prevé como modificación sustancial el cambio de funciones que exceda los límites del artículo 39 del ET.

Pues bien, conviene analizar hasta qué punto podría considerarse la movilidad de estos 15 empleados un cambio sustancial de funciones. Además, se debería facilitar la información necesaria para concluir si podemos estar bajo un supuesto de modificaciones de carácter colectivo (art. 41 ET). Ya que, en ambos supuestos, exigirían obligaciones que no se llevaron a cabo en su momento y podrían desencadenar responsabilidades.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el cambio sustancial de funciones, y asumiendo que el cambio de funciones no se debe a cuestiones formativas (titulaciones académicas o profesionales requeridas), el artículo 39.4 ET prevé que *“el cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”*.

Consecuentemente, y desde una rápida aproximación a las consecuencias de lo decidido en este supuesto, al no disponer de información suficiente que nos permita entrar a valorar en profundidad la situación, consideramos que existe un riesgo de que los trabajadores articulen una reclamación justificada en el incumplimiento de esta previsión legal. Además, y sobre la segunda de las cuestiones, el carácter colectivo de la modificación, también requeriríamos de un mayor número de datos para pronunciarnos.

De cualquier forma, en caso de entenderse que efectivamente se ha producido un cambio sustancial de las funciones y no se han seguido los tramites previstos en el artículo 41 del ET (no se ha procedido a un periodo de consultas, entre otras cuestiones), el trabajador que resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a solicitar la nulidad de tal decisión³⁷. En este sentido, la STS 12 de septiembre de 2016³⁸ establece que *“la consecuencia lógica de que se haya prescindido por completo del procedimiento legalmente diseñado para implantar una modificación sustancial es el art. 138.6 LRJS³⁹, que dispone que la sentencia declarará nula la decisión adoptada eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Además, esta misma sentencia dispone que *“se trata de previsión enmarcada en la modalidad procesal de carácter individual, pero que debemos extender a los casos en que se tramita como procedimiento de conflicto colectivo una demanda frente a ‘una decisión empresarial de carácter colectivo’ como la del art. 41.2 ET (art. 153.1 LRJS)”*.

Continuando, y de manera subsidiaria o como otra vía para articular la reclamación, los trabajadores que han sufrido esta medida también podrían solicitar la extinción de la relación laboral, solicitando la indemnización señalada para el despido improcedente, por haber incumplido el empresario gravemente las obligaciones previstas en el mencionado artículo 41 del ET (art. 50 ET). Pues bien, los trabajadores podrán ejercer las anteriores acciones mientras la medida adoptada por el empresario permanezca vigente⁴⁰, y en todo caso, en el plazo de un año.

Concluyendo, la anterior medida deberá presentarse contra ambas sociedades, por poder considerarse las mismas en el momento en el que se tomo esta decisión un grupo patológico de

³⁶ STS de 23 de octubre de 2001 [RJ 804/2000]

³⁷ SSTs de 3 de noviembre de 2014 [RJ 272/2013], 10 de diciembre de 2014 [RJ 60/2014], 16 de diciembre de 2014 [RJ 263/2013], 13 de octubre de 2015 [RJ 306/2014] y 19 de abril de 2016 [RJ 116/2015].

³⁸ STS de 12 de septiembre de 2016 [RJ 246/2015].

³⁹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (“LRJS”).

⁴⁰ Así lo ha considerado el Tribunal Supremo en la sentencia del 23 de marzo de 2021 [RJ 133/2019]: *“mientras la medida empresarial se mantenga vigente se podrá reclamar la ilegalidad de esta sin importar el plazo de un año, ya que la acción no prescribe. De no ser así, se generaría una indefensión respecto de los trabajadores y además podría ocurrir que una medida ilegal se convierta en legal.”*

empresas. Así, la jurisprudencia, ha venido estableciendo que se entiende que existe un grupo de empresas a efectos laborales cuando se da una confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección⁴¹.

viii. Análisis de la existencia de asistencia financiera. Implicaciones para el negocio jurídico de préstamo y posibles complicaciones para la inscripción de la escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad.

Según el artículo 150.1 del TRLSC, 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*”, salvo en los dos supuestos excepcionales que recogen los apartados segundo y tercero de la misma. Así, mediante la constitución de una hipoteca sobre la principal factoría y embotelladora de Kvothe Beer, se ha contravenido la anterior norma.

Tal y como se ha establecido en el apartado IV, según el artículo 6.3 del CC, los actos contra normas prohibitiva son nulos de pleno derecho, salvo que la norma prevea un efecto distinto en caso de contravención; y el artículo 150 del TRLSC es una norma prohibitiva que no prevé sanción alguna para su contravención. Por tanto, los actos contrarios a la prohibición de asistencia financiera son nulos de pleno derecho. No obstante, y asumiendo como consecuencia la nulidad, cabe plantearse si la misma afecta únicamente al negocio jurídico de asistencia financiera o también al principal.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo zanjando la polémica. En su sentencia de 1 de octubre de 2018⁴², el TS señala que “*la nulidad de la asistencia financiera no alcanza a la [...] transmisión de las propias participaciones financiadas*”. Consecuentemente, el negocio principal de compraventa de Kvothe Beer queda protegido.

Continuando, en cuanto a la inscripción de la escritura de hipoteca, la misma no podrá ser inscrita, ya que el negocio de préstamo es nulo de pleno derecho⁴³. Finalmente, conviene mencionar la existencia de otras consecuencias jurídicas emanadas del incumplimiento de la prohibición de asistencia financiera. De esta manera, la vulneración de esta prohibición, podría dar lugar a una responsabilidad de los administradores que en ese momento dejaron que la operación se llevara a cabo, siendo los mismos responsables de los daños que esta actuación ilegal haya causado en la sociedad (art 150 TRLSC).

Finalmente, está la vulneración también encuentra consecuencias en el ámbito penal (art. 290-297 CP) y administrativo (art. 157 TRLSC), pudiendo estar legitimados los acreedores vía acción revocatoria, regulada en el artículo 1.111 del CC, y que se debe conectar con el artículo 1.291 del mismo cuerpo legal.

III. Estrategia a la luz de los anteriores análisis

Para concluir este informe, y teniendo en cuenta todas las cuestiones analizadas y sus posibles consecuencias jurídicas, proponemos la siguiente estrategia. En primer lugar, y ante la abrumante disminución de la cifra de ventas, creemos más que conveniente que MarvelWeisser Inc. conceda un préstamo participativo a Kvothe Beer, ya que de lo contrario, podría darse el riesgo de incurrir en una cusa de disolución o reducción del capital social obligatorias.

En segundo lugar, y para solventar la cuestión más relevante, la asistencia financiera, proponemos la realización de una fusión apalancada, vía aplicación y cumplimiento de los requisitos del artículo 35 de la LME⁴⁴. En este sentido, no conviene olvidar, que la prohibición de asistencia financiera tiene como finalidad proteger a los acreedores de los peligros que la actuación pudiera tener para la solvencia de la sociedad, así como evitar posibles abusos por parte de los administradores, que a través de la asistencia financiera podrían favorecer la toma de control por alguno de los socios.

Pues bien, mediante las fusiones apalancadas, estos riesgos desaparecen. De hecho, así lo contempla la jurisprudencia, estableciendo criterios menos estrictos cuando la asistencia

⁴¹ STS de 2 de junio de 2014 [RJ 546/2013].

⁴² STS de 1 de octubre de 2018 [RJ 3194/2015].

⁴³ Resolución de la DGRN de 1 de diciembre de 2020 [BOE-A-2001-1728].

⁴⁴ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LME”).

financiera se ha prestado con ocasión de una compra apalancada⁴⁵. Trayendo a colación el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de enero de 2007⁴⁶, relativo a la OPA de ENDESA por GAS NATURAL, este establece que la prohibición de asistencia financiera es de interpretación estricta y que en caso de fusión apalancada no es aplicable, porque “se trata de un proceso que ya contempla garantías específicas para acreedores y socios minoritarios”⁴⁷.

De cualquier forma, para poder realizar esta fusión apalancada, el pacto de socios establece un condicionante; y es que para llevar a cabo una modificación estructural se requiere unanimidad de todos los socios, es decir, de MarvelWeisser Inc. y Chetae. Por lo que, si Chetae, no está de acuerdo, igual sería recomendable dejar que el mismo ejercite su opción de venta, declarando posteriormente la unipersonalidad de Newco Buyer y de la sociedad resultante de la fusión.

En tercer lugar, y acerca de la extinción de los contratos de distribución, conviene diferenciar entre el contrato suscrito con Denna y el suscrito con Espumas de Marbella. Sobre el primero de ellos, consideramos que Kvothe Beer debe comunicar a Denna el desistimiento unilateral del mismo con un preaviso mínimo de 4 meses, viéndose aún así, bajo la posibilidad de tener que asumir una indemnización por clientela. De materializarse dicha indemnización por clientela, Kvothe Beer deberá defenderse haciendo especial hincapié en que la gran cifra de clientes se debe a la calidad del producto, debiendo mencionar a su vez, el hecho de que D. Alberto Montenegro era socio de ambas sociedades, resultando incoherente atribuirle mérito por haber realizado una buena distribución de sus propios productos.

Siguiendo con el contrato de distribución suscrito con Espumas de Marbella, aquí cuentan con dos opciones. Una opción sería terminar el contrato sin ningún tipo de preaviso, debiendo indemnizar a Espumas de Marbella en una cantidad de 3 millones de euros, cantidad que se reclamaría de manera inmediata a los anteriores socios de Kvothe Beer. Pues bien, la forma de articular esta reclamación queda condicionada a lo dispuesto en las manifestaciones y garantías, de manera que, si la existencia de este contrato contraviniera lo dispuesto en las mismas, se podría ejercer una acción redhibitoria al amparo de artículo 1486 del Código Civil. Por el contrario, de no existir tal contravención, la reclamación debería sustentarse en el artículo 1270 del Código Civil, que prevé el dolo incidental contractual. En cuanto a la segunda opción, esta sería respetar el plazo de preaviso de 6 meses, reclamando también a través de los anteriores artículos, los gastos en los que se incurriese durante este plazo de preaviso.

En cuarto lugar, consideramos que resulta trascendental excluir a D. Alberto Montenegro del consejo. En este sentido, y mediante la acción social de responsabilidad o la acción de cesación (arts. 224 y 238 TRLSC), deberá articularse esta expulsión, debiendo nombrar a un tercer consejero en ese mismo momento. Además, y tal y como se ha mencionado, esta exclusión traerá aparejada consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de una cláusula del contrato de compraventa (ejercitables por Chetae y MarvelWeisser Inc.). Este incumplimiento podría formularse vía acción individual de responsabilidad o vía incumplimiento contractual de la prestación debida (arts. 1101 y 1182 y 1184 CC).

En quinto lugar, la estrategia a seguir en el consejo de 30 de noviembre de 2021 es muy clara, al poder adoptar D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa acuerdos (que consten o no en el orden del día) pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro o pese a su asistencia y voto en contra. Finalmente, proponemos que en caso de no haberse hecho de manera previa, se intente recabar el consentimiento de los 15 empleados que fueron cedidos de una empresa a otra, así como el estudio de si dicho cambio de funciones sería susceptible de ser considerado un cambio sustancial de las condiciones de trabajo.

⁴⁵ SJM de Madrid de 15 de febrero de 2007 [80724/2007], y la SAP de la Rioja de 17 de octubre 2008 [AC 140/2009].

⁴⁶ Auto de la AP de Madrid de enero de 2007 [AC 195/2007].

⁴⁷ *Id.*

IV. BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina:

- ALFARO, JESÚS: “Caracteres, regulación y funcionamiento del Consejo de Administración”, GA_P, 2020 (disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/02/Folleto_Retail_in_the_Loop-1.pdf; última consulta 06/01/2021).
- DÍAZ MORENO, ALBERTO: “Cuestiones en torno a la extinción de los contratos de distribución”, Almacén de Derecho online, 2019 (disponible en <https://almacenederecho.org/caracteres-regulacion-y-funcionamiento-del-consejo-de-administracion>; última consulta 06/01/2021).
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, en Canales de Derecho, Universidad de Murcia, Vol. 20, 2002, pg.39.

B. Normativa:

- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

C. Jurisprudencia:

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de enero de 2007 [AC 195/2007].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 17 de octubre 2008 [AC 140/2009].
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 15 de febrero de 2007 [80724/2007].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 junio 1978 [RJ 1978, 2359].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979 [RJ 931/1980].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 marzo 1994 [RJ 1994, 2304].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio de 1994 [RJ 1994, 6300].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 1997 [RJ 1997, 4770].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2001 [RJ 804/2000].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 enero de 2002 [RJ 2305].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006 [RJ 2006/671].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6515].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2008 [RJ 2008/4128].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 [RJ 2008/4610].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2010 [RJ 2010/537].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321].

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012 [RJ 604/2010].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 [RJ 2012/8363].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012 [RJ 87/2010].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013 [3938/2013].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2014 [RJ 546/2013].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2014 [RJ 272/2013].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 [RJ 60/2014].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014 [RJ 263/2013].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2015 [RJ 306/2014].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858].
- Sentencia del Tribunal Supremo 19 de abril de 2016 [RJ 116/2015].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016 [Rec. 246/2015].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2018 [RJ 3050/2015].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018 [RJ 3194/2015].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2019 [RJ 3600/ 2015].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021 [RJ 133/2019].
- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 14 de marzo de 2016 [BOE-A-2019-13596].
- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 16 de octubre de 2017 [BOE-A-2017-12757].
- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 23 de julio de 2019 [BOE-A-2019-13596].
- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 1 de diciembre de 2020 [BOE-A-2001-1728].