



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**Máster Universitario en Derecho de Empresa**

**Autora: Sandra Eulalia Elena Faura Martín**

**Tutor: Jon Armendariz**

**Madrid, 2021-2022**



## I. Objeto del informe

En el presente informe abordaremos el análisis jurídico de la situación actual que atraviesa el grupo MarvelWeisser Inc. (en adelante, “el **Grupo**”). Esta compañía, en aras de expandir de su negocio en Europa, compró junto a la sociedad Chetae, S.L. (propiedad de una conocida familia de Bilbao), la sociedad Kvothe Beer, S.A., (donde Alberto Montenegro es el socio y administrador único).

No obstante, las cifras de venta de Kvothe Beer, S.A. sufren una caída a causa del COVID-19 y las medidas de las Administraciones Públicas para frenar la pandemia, lo que preocupa a la sociedad, que valora la toma de medidas urgentes para salir adelante.

En este escenario, elaboraremos un informe jurídico solicitado por el Grupo, estudiando las vicisitudes actuales y las alternativas más idóneas para sobrellevar esta difícil etapa de la sociedad.

### I. Cuestiones planteadas

- (i) Estudio de la extinción del contrato de distribución entre Denna, S.L. (sociedad que organiza la distribución de los productos de Kvothe Beer, S.A., en la cual Alberto Montenegro es socio único y administrador) y Kvothe Beer, S.A.
- (ii) Posibles acciones que pueden interponer Denna, S.L., en virtud del contrato de distribución con Kvothe Beer, S.A., y defensas de esta última.
- (iii) Posibles acciones ejercitables por Kvothe Beer, S.A. y Newco Buyer, S.L. frente a Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer, S.A. y del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A.
- (iv) Posibles acciones que puede interponer Alberto Montenegro, como miembro del consejo de Kvothe Beer, S.A., frente a Newco Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc.
- (v) Proceso que debe llevar a cabo Chetae, S.L. para ejercitar su opción de venta y Derecho aplicable en caso de controversia con MarvelWeisser Inc.
- (vi) Posibles complicaciones para Kvothe Beer, S.A. a raíz del contrato con Espumas de Marbella, S.A., concretamente: análisis de las acciones ejercitables por Espumas de Marbella, S.A. contra MarvelWeisser Inc.; posible derecho de reclamación de Newco Buyer, S.L. frente a Alberto Montenegro o Denna, S.L.
- (vii) Análisis de las dudas derivadas del consejo de 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer, S.A.
- (viii) Análisis del traslado de 15 empleados en la operación de compraventa.
- (ix) Estudio de la 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 concreta de estrategia legal a seguir por MarvelWeisser Inc.

### II. Estudio de la extinción del contrato de distribución suscrito entre Denna, S.L. y Kvothe Beer, S.A.

En primer lugar, cabe decir que, para distribuir ordenada y eficientemente los productos de Kvothe Beer, S.A., Alberto Montenegro creó la sociedad Denna, S.L. y firmó un **contrato de distribución exclusiva indefinido** entre esta y Kvothe Beer, S.A. De esta manera, Denna, S.L., podría cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe Beer, S.A. en todo el territorio nacional de España, estando asimismo autorizada y apoderada para contratar con terceros acuerdos de sub-distribución de los productos de Kvothe Beer, S.A.

En segundo lugar, es conveniente precisar que este contrato es un medio jurídico ampliamente utilizado en el mercado empresarial dadas sus ventajas a la hora de ampliar la red de distribución. No obstante, puesto que es un contrato **atípico**, para conocer sus implicaciones deberemos recurrir a la **Ley de Contrato de Agencia** (en adelante, “LCA”), al **Código Civil** (en adelante, “CC”), así como a la **jurisprudencia y doctrina**. Por lo tanto, como podemos observar, la relación entre las partes se basará principalmente en los términos y condiciones estipulados en el contrato y en su

interpretación, lo cual hace esencial que la relación entre el distribuidor y el empresario quede redactada por escrito de manera clara y precisa.

En tercer lugar, sentadas las bases anteriores, procederemos a analizar lo que conllevaría la terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna, S.L. (tal y como se recoge en el orden del día de la reunión del consejo del 30 de noviembre de 2021).

En este sentido, un desistimiento unilateral por parte de Kvothe Beer, S.A., como veremos, podría dar lugar a la obligación de indemnizar por parte de Kvothe Beer, S.A. en caso de que se considere, por un lado, que existe captación de clientela por Denna, S.L. durante la vigencia del contrato y, por otro lado, en caso de incumplimiento del preaviso suficiente para desistir.

## 1. Primer escenario: captación de clientela

Primeramente, cabe decir que, a pesar de que hayamos mencionado anteriormente la aplicación de la LCA para este contrato atípico, la **STS de 15 de enero de 2008**, señala que, aunque es aplicable analógicamente a los contratos de distribución (**art. 4.1 CC**, cuando se aprecie identidad de razón), hay que verificar en cada supuesto *ad hoc* si concurre la analogía siendo “la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente”. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que las partes de un contrato de distribución pueden excluirla mediante la cláusula correspondiente (en este caso, dado que no existe mención expresa a dicha exclusión, procede la aplicación analógica).

Seguidamente, centrándonos en la cuestión concreta de la captación de clientela, deberemos verificar si se dan los requisitos recogidos en la LCA para otorgar compensación o indemnización (art. 28 LCA). En este sentido, el TS en la sentencia mencionada considera que lo que justifica la compensación no es la semejanza entre el contrato de agencia y el de distribución, “sino que el propio contrato obligue a considerar como «**activo común**» la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación”.

Adicionalmente, a la luz del **art. 1258 CC**, lo expresamente pactado por las partes ha de integrarse con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe y, en este caso, la compensación por clientela sería una consecuencia acorde con la naturaleza de dicho contrato y conforme a la buena fe.

En lo que respecta a la *ratio* de esta indemnización, un sector doctrinal considera que radica en evitar un enriquecimiento injusto; sin embargo, a nuestro juicio y siguiendo a Cándido Paz-Ares, entendemos que es un mecanismo de **protección social** y de **remuneración contractual** del agente (análoga a la indemnización por despido en el contrato de trabajo).

Ciñéndonos al caso concreto, Denna, S.L. podría ejercitar una acción de indemnización por clientela contra Kvothe Beer, S.A. antes de que transcurra el plazo general de **cinco años** (por aplicación del art. 1964 CC). Para ello, Denna, S.L. debe probar la existencia de un apreciable aprovechamiento económico (STS de 9 de febrero de 2006), probando la aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, así como las circunstancias equitativas que justifiquen la indemnización y la integración del distribuidor en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.

En línea con esto, la **STS de 26 de marzo de 2008** aclara 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 se nombra a un nuevo distribuidor que, sin labor empresarial previa, recibe clientela creada por la actividad del anterior distribuidor, la cual, gracias a éste, permanece fiel a los productos del concedente y le proporciona una base económica (...) sin abrir mercado”.

Ante estas circunstancias, Denna, S.L. podría ejercitar esta acción para que se le indemnizase por el futuro disfrute que hará Kvothe Beer, S.A. de los clientes. En defensa, Kvothe Beer, S.A. deberá demostrar que no existe enriquecimiento injusto y que, si se ha captado clientes, ha sido a causa del empleo de exitosas estrategias de marketing, adecuadas para que la clientela simplemente

prefiera su producto (incidiendo en la relevancia del valor de su marca como activo que atrae a consumidores, y centrando en ello relación de causalidad entre la calidad del producto y los clientes, no en el trabajo anterior de Denna, S.L.). Además, Kvothe Beer, S.L. no podrá librarse de este conflicto dado que no es válido el pacto que excluya la indemnización por clientela (STS de 16 de febrero de 2010).

Finalmente, en caso de que proceda la indemnización por la resolución unilateral e injustificada del contrato de distribución, la compensación se regirá por los siguientes artículos de la LCA: art. 28, art. 29 (resarcimiento por gastos e inversiones no amortizables) y art. 25 (falta de preaviso).

## 2. Segundo escenario: incumplimiento del preaviso

La **STS de 16 de marzo de 2016** señala que, al no estar ante un incumplimiento resolutorio del contrato por ser un contrato indefinido, puede desistirse unilateralmente siempre que se cumpla con las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), lo que hace necesario un preaviso. Sin embargo, el incumplimiento del deber de avisar con antelación no impide la eficacia de la denuncia unilateral. Este preaviso ha de ser con un tiempo razonable que, a la luz de lo contenido en el art. 25 LCA, implicaría un plazo de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses.

El argumento principal que puede utilizar Denna, S.L. para fundamentar la acción indemnizatoria (mediante una acción resarcitoria de daños contractuales, en base a los arts. 1101, 1106 y 1007 del CC, incluyéndose daño emergente y lucro cesante) por incumplimiento del preaviso radicará en la **ausencia de antelación razonable** (STS 18 de julio de 2012). Siguiendo a Jesús Alfaro, es importante contemplar que una repentina resolución unilateral puede perjudicar a Denna, S.L. por hacerle perder clientes (y de oportunidades de negocio) por falta de tiempo para reorganizar su actividad. Además, Knothe Beer, S.L., ante esto no podrá alegar que tenía motivos de peso para la resolución, pues en base a la **STS de 17 de enero de 2019** la razonabilidad de la extinción no exime de haber producido un daño que ha de ser indemnizado (aunque puede ayudar a atenuar la responsabilidad si se emplea como argumento en casos concretos en los que sea necesaria una acción rápida).

Adicionalmente, es preciso hacer referencia a la necesidad de saber si media justa causa para el desistimiento unilateral, o si por el contrario se trata de una causa *ad nutum*. En este contexto, a nuestro juicio, esto no sería un inconveniente dado que la situación derivada de la pandemia mundial justifica esta decisión.

Visto lo anterior, a nuestro juicio, lo adecuado sería que Kvothe Beer, S.A. avisase con antelación razonable el desistimiento, evitando encontrarse en este escenario. Sin embargo, de no respetarse, ha de prestarse especial atención a la acción ejercitable por Denna, S.L. dado que, como podemos comprobar en la **SAP Barcelona 218/2009, 29 de junio de 2009**, el demandante puede argumentar, junto con la resolución del contrato sin preaviso, el **carácter abusivo** de la conducta y la **mala fe**, lo cual puede suponer una razón de peso difícil de contraargumentar por Kvothe Beer, S.L.

Finalmente, mención aparte merece el punto de la controversia existente en torno a las inversiones realizadas por motivo de la distribución, pues en base a la jurisprudencia contenida en la SSTS de 8 de octubre de 2013 es una materia ampliamente discutida y cierto sector doctrinal considera que han de incluirse en la indemnización. Para concretarlo, habrá de estarse a las circunstancias concretas del caso que desconocemos, pues debe analizarse la cantidad invertida, el momento en el que se ha realizado la inversión, el motivo, etc.

## 3. Peor escenario en el que podría encontrarse Kvothe Beer, S.L.

Claramente, a la vista de lo expuesto, el peor escenario para Kvothe Beer, S.L. sería aquel en el que Denna, S.L. interpusiese ambas acciones contra él, pues no son excluyentes (STS de 15 de marzo de 2011): indemnización por la captación de clientela (que tendría lugar en caso de que los argumentos de Kvothe Beer, S.L. no fuesen suficientes para evitarlo) y la acción encaminada a

obtener una indemnización incumplimiento del preaviso suficiente para desistir (resarcimiento de daños contractuales).

### III. Posibles acciones ejercitables por Kvothe Beer, S.A. y Newco Buyer, S.L. frente a Alberto Montenegro derivadas de su relación con Kvothe Beer, S.A. y del contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A.

En el presente apartado analizaremos las dos acciones que consideramos ejercitables por parte de por Kvothe Beer, S.A. frente a Alberto Montenegro: **acción social de responsabilidad** por incumplimiento de las funciones que le corresponden como miembro del consejo de administración, que sería la (art. 238 LSC) y, subsidiariamente, **acción de cesación** (art. 224 LSC).

Además, mención aparte merecen las acciones ejercitables por NewCo Buyer, S.L. como parte del contrato de compraventa en el que Alberto Montenegro debía mantenerse como consejero hasta el 31 de diciembre de 2022, siendo estas: **acción individual de responsabilidad** (art. 241 LSC) e **incumplimiento contractual** (CC).

#### 1. Acción social de responsabilidad

Esta acción se activaría dado el incumplimiento por Alberto Montenegro de los **deberes inherentes a los administradores** (en particular, el deber de lealtad en base al art. 227.1 LSC). Adicionalmente, Alberto Montenegro también tendría que hacer frente a las consecuencias derivadas de su incumplimiento del **deber de secreto**, pues tal y como establece la normativa no está facultado para desvelar la información confidencial obtenida como consecuencia o en conexión con su cargo. En este sentido, siguiendo a Jesús Alfaro, definimos la información confidencial como aquella de carácter **societario**, confidencial (no pública) y de la que quepa deducir que existe un **interés de la sociedad en que no se divulgue**.

Asimismo, cabe añadir que el deber de secreto deberá seguir respetándose **tras la terminación de su relación con la sociedad** (pues es semejante al deber de no competencia derivado de un pacto contractual), siempre y cuando la información continúe siendo secreta. En lo que a esto respecta, la acción para exigir responsabilidad indemnizatoria al administrador se regirá por las reglas de prescripción que sean aplicables (art. 21 LCD, art 1968.2 CC, o art 949 C.Com.).

En este supuesto, dado que Alberto Montenegro ha divulgado información confidencial a Espumas de Marbella, S.A., ha vulnerado la legislación y se encuentra en un caso claro de conflicto de interés (art. 229 LSC). En este contexto, Kvothe Beer, S.A. puede activar la acción social de responsabilidad recogida, acordando que se destituya a Alberto Montenegro de su condición de miembro del consejo. Los **requisitos** para ejercitar acción social de responsabilidad son: (i) acción u omisión de los administradores, (ii) que dicha conducta les sea imputable (independientemente de la forma del órgano de administración), (iii) que la conducta sea antijurídica, (iv) que se haya producido un daño a la sociedad (punto clave para diferenciar la acción social de la acción individual de responsabilidad), (v) relación causal entre la conducta del administrador y el daño societario. En caso de que Kvothe Beer, S.L., ostentando la legitimación activa, pueda demostrar que se reúnen estos requisitos, podrá interponer antes los Juzgados de lo Mercantil la acción social de responsabilidad.

#### 2. Acción de cesación

En el escenario de que Kvothe Beer, S.L. no pudiese sostener esta defensa, podría invocar el art. 225 LSC en aras de **cesar al administrador** por el conflicto de intereses entre Alberto Montenegro y la sociedad (art. 228, letra e, LSC). Tal y como señala la **STS 613/2020, de 17 de noviembre de 2020**, el deber de lealtad implica que los administradores han de abstenerse de tomar decisiones que puedan derivar en un conflicto de intereses, procurando “no hallarse en situación de conflicto con ella y evitar encontrarse en una posición tal que sus lealtades se encuentren divididas”.

Para que esta acción prospere, Kvothe Beer, S.L. deberá demostrar la existencia de un conflicto de intereses, aportando la información necesaria a la junta para justificarlo, correspondiendo a este órgano la decisión de cesar a Alberto Montenegro (mediante mayoría ordinaria y a solicitud de cualquier socio, sin necesidad de que conste en el orden del día pues es una de las excepciones). En caso de que no se hubiese de acuerdo de junta general, cabe mencionar que la LSC amplía la legitimación a los socios que reúnan el 5% del capital social para no cotizadas y 3% para cotizadas, y subsidiariamente a los acreedores perjudicados (lo que daría pie a la entrada de Newco Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc.).

### **3. Acción de indemnización por incumplimiento contractual**

Esta acción se fundamenta en el incumplimiento del contrato de compraventa firmado por Alberto Montenegro el 25 de febrero de 2020, pues la imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida implica la aplicabilidad de los arts. 1182 y 1184 del CC. Dado que Alberto Montenegro no ha evitado el conflicto de intereses y ha priorizado su propio beneficio al de la sociedad, podemos considerar que ha actuado dolosamente infringiendo el deber de lealtad. Este hecho conlleva la necesidad de que cumpla con la obligación que la vincula contractualmente, pues no podría alegarse por su parte que no cumple porque deviene imposible su realización.

En este contexto, al subsistir el deber de cumplimiento de obligación, estamos ante un incumplimiento contractual que conlleva la consecuente indemnización por daños y perjuicios (art. 1101 CC. En este sentido, al margen de señalado en dicho precepto, la jurisprudencia exige para que se produzca la obligación de indemnización un incumplimiento y un perjuicio (real y efectivo) como consecuencia del incumplimiento. En línea con esto, el TS sostiene el incumplimiento contractual del demandado no genera *per se* la obligación de indemnizar, “sino que ésta nace de la consideración de que además haya existido un perjuicio cierto, aquel que se indemniza, sin el que no puede darse lugar a condena”.

### **4. Acción individual de responsabilidad**

En último lugar, cabe añadir que Newco Buyer, S.L., socio de Kvothe Beer, S.A., puede reclamar responsabilidad a través de esta vía (art. 241 LSC). A pesar de lo contemplado en el apartado anterior, esta responsabilidad individual no deriva de todo incumplimiento contractual societario, sino de la actividad de los administradores como órgano en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, se activará cuando cometan un ilícito al desempeñar sus funciones como órgano de administración, convirtiéndose en una suerte de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) en el ámbito societario. En este sentido, también cabe diferenciarla de la acción social de responsabilidad, pues la finalidad de esta es restablecer el patrimonio social, y de la acción individual enmendar los daños contra el patrimonio de personal de los socios, o terceros.

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

En este apartado abordaremos la cuestión de la **asistencia financiera** (art. 150 LSC), dado que para poder llevar a cabo la financiación de la adquisición de la sociedad se ha optado por constituir una hipoteca sobre el inmueble de Torrelodones que alberga la factoría y embotelladora de Kvothe Beer, S.A. Esta operación realmente es muy parecida a la que realizaría un particular interesado en comprar un inmueble, a través de un préstamo con garantía hipotecaria, obteniendo la propiedad con fondos de la entidad financiera, la cual toma como garantía el propio inmueble. A este concepto

jurídicamente se le denomina compra apalancada, dado que la compra del inmueble no le ha supuesto a su comprador un desembolso importante de fondos<sup>1</sup>.

En este sentido, basándonos en el argumento de la asistencia financiera, Alberto Montenegro podría ejercitar una acción encaminada a que se declarase nulo el contrato de préstamo celebrado entre Banksanva, S.A y Newco Buyer, S.L., Chetae, S.L. o MarvelWeisser Inc., pues está facultado para reclamar en base al incumplimiento del art. 150 LSC dado que él no ha tomado parte en la aprobación del contrato de préstamo.

Además, recurriendo al régimen de **impugnación de acuerdos sociales** (art. 204 LSC), también podría impugnar el acuerdo de aprobación de la concesión de las garantías, decisión que debería ser tomada por la junta general por ser el órgano competente para decidir sobre la enajenación de los activos esenciales (art. 160.f. LSC).

#### **V. Proceso que debe llevar a cabo Chetae, S.L. para ejercitar su opción de venta y Derecho aplicable en caso de controversia con MarvelWeisser Inc.**

En lo que respecta a la opción de venta por Chetae, S.L., lo primero que debemos tener en cuenta es la existencia de un elemento internacional en el contrato, dado que se pacta con una sociedad de Tennessee. En estas circunstancias, dado que no contamos con la redacción del pacto de socios y desconocemos el derecho que se ha fijado como aplicable, analizaremos el caso asumiendo que el contrato se interpreta acorde al Derecho español, independientemente de que la sociedad sea de americana.

Visto lo anterior, cabe remontarse a que en la constitución de Newco Buyer, S.L., los socios, Chetae, S.L. y MarvelWeisser Inc. suscribieron un contrato de socios con dicha una opción de venta sobre todas las participaciones, ejercitable por Chetae, S.L. si se diese el supuesto de que los resultados financieros de Kvothe Beer, S.A. estuviesen por debajo del plan de negocios en los tres años consecutivos.

En este escenario, a consecuencia de la crisis que ha conllevado la pandemia, es lógico que la cifra de ventas haya bajado y este es el presupuesto para que Chetae, S.L. ejercite la opción de venta. Nuevamente, este proceso se regirá por la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), estándose a lo regulado contractualmente en el pacto de socios y a establecido estatutariamente. En última instancia, de forma subsidiaria, recurriríamos al art. 107 LSC.

Para poder ejercitar esta opción, habremos de estar a lo previsto en el contrato de socios: el ejercicio se comunicará a la sociedad y se hará por todas las participaciones acorde al precio, forma de pago y demás extremos acordados. En ausencia de pronunciamiento de los socios sobre estos detalles, el art. 107 LSC fija que el precio será el señalado “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”. En este sentido, en cuanto a lo que el concepto de valor razonable respecta, este será el determinado por un experto independiente (que no puede ser el auditor de la sociedad), designado para este caso administradores de la sociedad. (art. 107 LSC). Esta operación culminará con el otorgamiento de escritura pública en el plazo de un mes desde el día en que se realizó la comunicación a la sociedad del deseo de ejercitar la opción de venta.

Sin embargo, mención aparte merece el hecho de que se puede considerar un **caso de fuerza mayor** (art. 1105 CC, *rebus sic stantibus*), dado que la pandemia es un hecho que no se podía haber contemplado. Como es sabido, esta circunstancia exterior, imprevisible o inevitable condiciona el cumplimiento de obligaciones y es un motivo que libera de la responsabilidad contractual y extracontractual alterada por el hecho.

En lo que respecta al Derecho aplicable en caso de controversia, debemos recurrir al **Reglamento Europeo Roma I**, pues determina que las partes de un contrato pueden someterlo a cualquier

---

<sup>1</sup> Fuente de información: Definición de la asistencia financiera por la Notaría Abierta (<https://notariabierta.es/>). Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2021.



derecho (salvo si es sobre materias no libremente disponibles, como el contrato de matrimonio o de relación paterno-filial, la ley que rige un contrato de trabajo, etc.).

En este caso, el contrato de socios es una **materia disponible**, siempre que no afecte a la constitución, gobierno o disolución de una compañía (art. 28 CC, art. 8 y 9 LSC). Por lo tanto, el posible problema que genere el contrato de socios suscrito entre la entidad de Tennessee y una entidad española se atenderá a lo dispuesto en Roma I si se cumplen tres cuestiones: el tribunal competente para conocer del asunto (los tribunales españoles, concretamente de Madrid), la fecha de suscripción del contrato (entendemos que fue en 2020, por lo que entraría en el ámbito de aplicación temporal del Reglamento) y la materia objeto de controversia (cumplimiento de una obligación de carácter mercantil, incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento en base al art.1 RRI).

Dicho lo anterior, el **art. 4 RRI**. Teniendo este precepto en consideración, debemos recurrir concretamente al punto 4 dado que no existe una única prestación característica del contrato que pueda determinar qué residencia debe tenerse en cuenta. En este sentido, el derecho aplicable podría variar en función de la cláusula del contrato de socios que sea objeto del litigio (que desconocemos). En definitiva, acudiendo a la cuestión de los vínculos más estrechos, dado que España es el país con el que el contrato los presenta, cabría considerar que lo contemplado en el art. 4.4 RRI nos lleva a la aplicación del Derecho español.

#### **VI. Posibles complicaciones para Kvothe Beer, S.A. a raíz del contrato con Espumas de Marbella, S.A., concretamente: análisis de las acciones ejercitables por Espumas de Marbella, S.A. contra MarvelWeisser Inc.; posible derecho de reclamación de Newco Buyer, S.L. frente a Alberto Montenegro o Denna, S.L.**

Como hemos explicado en apartados anteriores, al estar ante un contrato de distribución, hemos de considerar las acciones de reclamación ejercitables en relación con el fin de estos contratos. En ese sentido, estimamos que Espumas de Marbella, S.A. solo podría ejercitar una **acción de indemnización de daños perjuicios**, solicitando la recompra del stock de distribución, si se desistiera unilateralmente del contrato sin un preaviso suficiente.

Además, habría que analizar si se desiste unilateralmente del contrato con causa justa o sin ella (*ad nutum*), pues en este último supuesto no sería necesario recomprar el stock. Por tanto, lo importante es el motivo por el cual se resuelve el contrato.

A la luz de la STS de 19 de mayo de 2017, sin contar lo regulado en un posible pacto *inter partes*, no es posible considerar que la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor constituya un elemento natural del contrato. No obstante, STS de 19 de mayo de 2017 considera que la larga duración de la relación contractual y la ausencia de comunicación por el concedente de su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente “pueden conducir a reconocer a este último el derecho a ser indemnizado por el daño ocasionado (daño emergente) que supuso para él tener a disposición del principal un stock que finalmente no fue objeto de venta”.

En lo que respecta a las posibles reclamaciones contra Alberto Montenegro o Denna, S.L. por la no puesta de manifiesto del contrato con Espumas de Marbella, S.A. durante el proceso de revisión legal, sería preciso analizar las manifestaciones y garantías otorgadas en el contrato de compraventa, pues en los casos en los que reine la autonomía de la voluntad ha de aplicarse primeramente lo pactado. En este sentido, sería interesante la existencia de cláusulas que eximan de responsabilidad al vendedor, que podrían ser utilizadas para ser exonerado. Dado que no contamos con la redacción del contrato de compraventa, a nuestro juicio lo conveniente es actuar por medio de la acción indemnizatoria de daños y perjuicios por dolo incidental en el ámbito contractual (art. 1270CC). Mediante esto, podremos articular la exigencia del pago de los 3 millones de euros en el momento de la terminación del contrato de distribución exclusiva con Espumas de Marbella, S.A. Además, como Alberto Montenegro estaba en condición de socio y administrador único de ambas sociedades, conocía el contrato al que hacemos alusión e incurre en dolo por su actuación.

En este sentido, en relación con la imposibilidad de conocer los defectos, la **STS 8 julio de 1994** sostiene que es el comprador quien debe asumir los riesgos de los defectos de la cosa vendida “que pudieran haber sido conocidos con el empleo de la diligencia ordinaria, bien porqué constaba en la documentación que el comprador tuvo en su poder, bien porque podía haberse obtenido el conocimiento oportuno mediante la práctica de gestiones simples” . .

## **VII. Análisis de las dudas derivadas del consejo de 30 de noviembre de 2021 de Kvothe Beer, S.A.**

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

Se hace necesario referirse al **quórum** y a la imposibilidad de exigir estatutariamente que sea unánime, porque en ese caso se estaría dando a la minoría un derecho de veto. Por lo tanto, la respuesta es que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa sí que pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro (art. 247.2 LSC). Adicionalmente, se podrán adoptar acuerdos por llegar a la mayoría absoluta (art. 248 TRLSC), no resultando válidas las previsiones que exijan el voto favorable de un número de consejeros superior al presente, tal y como señala la RDGRN de 16 de octubre de 2017. Por lo tanto, en este caso y dado que el consejo está constituido por tres miembros, puede constituirse válidamente y adoptar todo tipo de acuerdos con la asistencia de dos de sus miembros.

### **2. 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**

La respuesta a esta pregunta no se puede dar sin ver los estatutos y el pacto de socios. Por lo tanto, de estos dependerá que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa puedan o no adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día. Esta es una cuestión que se recoge en base a la autonomía de la voluntad en el contrato societario y habrán de respetarse los extremos en él acordados.

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

En este sentido, no los tiene dado que en base al art. 228 c) LSC, debe 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**. En este sentido, la ley continúa señalando que “se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado”.

### **4. 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.**

Respecto al cese, la respuesta es que sí se puede adoptar en base al art. 223 LSC. Respecto al acuerdo para exigir responsabilidades, también es posible adoptarlo, a pesar de que no conste en el orden del día (pues es una de las excepciones recogidas en la norma). Sin embargo, aunque no se adoptará tal acuerdo, 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 y 224 LSC).

## **VIII. Análisis del traslado de 15 empleados en la operación de compraventa**

El análisis de esta pregunta hace necesario referirse al art. 44 ET, en tanto en cuanto nos encontramos en un caso en el que se traslada a 15 empleados, por lo que deberán tenerse en cuenta los cambios en las condiciones de trabajo. En este sentido, la jurisprudencia más reciente se inclina por considerar que cuando se adquiere total o mayoritariamente las acciones/participaciones, no se altera como tal la titularidad de la empresa por seguir manteniendo la sociedad su personalidad jurídica. En este contexto, no sería de aplicación el art. 44 ET, salvo que los cambios sustanciales en lo relativo al empleo, y particularmente, en las condiciones de trabajo de los empleados afectasen a los empleados (art. 39 ET).

Sin embargo, la doctrina considera que la sucesión laboral es una cuestión que trasciende a la sucesión mercantil, y que se aplicará en protección de los trabajadores y de la garantía de sus condiciones laborales. En este sentido, en el supuesto que se plantea, se abre la vía de considerar una posible contratación activa (que sería arriesgada, porque tomar la decisión de contratar a trabajadores motu proprio implicaría una conducta cuestionable a la luz de los posibles pactos de no agresión) y la contratación pasiva (en esta no habrá problema, porque si son los empleados quienes deciden solicitar su contratación, nada obsta a que se les acepte).

Finalmente, en caso de entenderse que efectivamente se ha producido un cambio sustancial de las funciones y no se han seguido los trámites legalmente previstos, el trabajador perjudicado por la modificación sustancial podrá ejercer su derecho a rescindir su contrato y a percibir la indemnización correspondiente al despido improcedente.

## **IX. Estudio de la 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**

A pesar de que la asistencia financiera constituye una zona gris en el ámbito jurídico (dada la controversia que ha generado), en este caso consideramos que no tiene un carácter prohibido por la ley dado que es una asistencia financiera pacífica.

En caso contrario, si considerásemos que es una asistencia financiera de las que se encuentran prohibidas por imperativo legal, habríamos de estar a lo recogido en el art. 6.3 CC: los actos contra normas prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención. Dado que el art. 150 LSC recoge el carácter de norma prohibitiva y, además, no establece una sanción derivada del incumplimiento, la consecuencia estando al CC será la nulidad de pleno derecho.

En este sentido, en caso de que esa asistencia financiera estuviese prohibida, los administradores incurrirían en responsabilidad civilmente por los daños causados y derivados de la actuación ilegal. Además, han de tener especial cuidado con la posible responsabilidad penal (art. 295 CP).

Finalmente, como es sabido, el ordenamiento jurídico cuenta con una extrema protección de los terceros de buena fe. En este caso, estos terceros serán los acreedores, a quienes se les debe atribuir la posibilidad de ejercer las acciones contra su deudor para impugnar los actos que hayan realizado en fraude de sus derechos (art. 1.111 CC y 1.291.3 CC, por el que son rescindibles los contratos «en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba»).

## **X. Recomendación concreta de estrategia legal a seguir por MarvelWeisser Inc.**

Vistas todas las cuestiones del caso, concluimos recomendando que se lleven a cabo ciertas acciones: (i) concesión del préstamo participativo para reequilibrar la cifra de capital social y el

patrimonio neto, evitando estar en una situación de reducción del capital social de carácter obligatorio o incluso en una causa de disolución, (ii) acción de cesación de a Alberto Montenegro del consejo, aunque seguirá teniendo el 50% de la compañía, por lo que es conveniente que se llegue a un acuerdo pacífico con él, (iii) prestar especial relevancia a las cuestiones de conflicto de interés que pueden poner a la sociedad en tesituras complicadas, (iv) atender a las cuestiones que hacen de una asistencia financiera un acto prohibido para no caer en vicios de validez al realizar la operación, (v) extinguir los contratos de distribución, lo cual se puede hacer mediante el desistimiento unilateral al existir causa justa por la pandemia mundial, (vi) en caso de que Chetae, S.L. ejercite su opción de venta, declarar la unipersonalidad e inscribirla, comprar las acciones de Chetae S.L, realizar una escritura de compraventa, y cambiar el órgano de administración, (vii) recurrir al art. 251 LSC para impugnar los acuerdos que se consideren lesivos para el interés social.