



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

## **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

Autora: Carla Sanz Hernández

Doble Máster Universitario en Acceso a la Abogacía y en Derecho  
de la Empresa

Promoción 2020-2022

Tutora: Ofelia Tejerina Rodríguez

Madrid  
Enero, 2022

## **RESUMEN**

Con el presente informe se pretende dar una solución personalizada y lo más ajustada posible, dadas las circunstancias, al abogado del grupo MarvelWeisser Inc. sito en Tennessee (Estados Unidos de América).

En este sentido, se va a proceder, de manera ordenada, a valorar y responder las diferentes cuestiones que se nos plantean en el correo electrónico que nos ha escrito.

Por último, aportaremos, desde nuestra humilde opinión, un punto de vista objetivo respecto de los hechos, así como una recomendación de la estrategia legal a seguir en el supuesto de encontrarnos en la situación del grupo MarvelWeisser Inc., tratando, en todo momento, de cumplir con las expectativas que se tiene en un despacho de abogados de primera línea como es el nuestro.

**PALABRAS CLAVE:** deber de lealtad, deber de abstención, responsabilidad, opción de venta, grupo patológico de empresas, hipoteca, asistencia financiera.

## **ABSTRACT**

The purpose of this report is to provide a customised solution, as tailored as possible under the circumstances, to the lawyer of the MarvelWeisser Inc. group based in Tennessee (United States of America).

In this regard, we will proceed, in an orderly manner, to assess and respond to the different questions raised in the e-mail they have written to us.

Finally, we will provide, in our humble opinion, an objective point of view regarding the facts as well as a recommendation of the legal strategy to follow in the event of finding ourselves in the situation of the MarvelWeisser Inc. group, trying, at all times, to meet the expectations of a leading law firm such as ours.

**KEY WORDS:** duty of loyalty, duty to abstain, responsibility, put option, pathological group of companies, mortgage, financial assistance.

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

- Art./arts. Artículo (s)
- Banksanva. Banksanva, S.A.
- BankSuisse. BankSuisse, S.A.
- CC. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- Chetae. Chetae, S.L.
- Denna. Denna, S.L.
- Espumas de Marbella. Espumas de Marbella, S.A.
- ET. 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
- Kvothe Beer. Kvothe Beer, S.A.
- LCA. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia
- LCD. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
- LSC. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- MarvelWeisser. MarvelWeisser Inc.
- n.º Número
- Newco Buyer. Newco Buyer, S.L.
- ss. Siguietes
- STC. Sentencia
- STS. Sentencia del Tribunal Supremo

## INDICE

### 1. EXPOSICIÓN DEL CASO

### 2. ARGUMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE PLANTEAN ..... 1

#### 2.1 INTERPOSICIÓN DE ACCIONES ..... 1

##### 2.1.1. *Denna respecto del acuerdo de distribución suscrito con Kvothe Beer.* ..... 1

##### 2.1.2. *Kvothe Beer y Newco Buyer frente a D. Alberto por la relación con Kvothe Beer y del contrato de compraventa de Kvothe Beer.*..... 2

##### 2.1.3. *D. Alberto Montenegro frente a Newco Buyer, Chetae, o MarvelWeisser Inc. como miembro del consejo de Kvothe Beer.*..... 3

#### 2.2. RESPECTO DE LA OPCIÓN DE VENTA DE CHETAE ..... 4

#### 2.3. DE LAS POSIBLES COMPLICACIONES QUE PUEDEN DERIVARSE DEL CONTRATO SUSCRITO POR ESPUMAS DE MARBELLA ..... 5

#### 2.4. DEL CONSEJO DEL DÍA 30 DE NOVIEMBRE DE 2021 ..... 7

#### 2.5. DE LA SITUACIÓN DE LOS 15 EMPLEADOS QUE HAN SIDO TRASPASADOS. .... 9

#### 2.6. DEL IMPACTO DE LA AFIRMACIÓN DE BANKSUISSE SOBRE LA HIPOTECA. .... 10

### 3. RECOMENDACIÓN..... 12

### 4. BIBLIOGRAFÍA ..... 14

## **1. EXPOSICIÓN DEL CASO**

*En 1996, D. Alberto Montenegro, empresario audaz, decidió abrir en Madrid una pequeña explotación dedicada al malteado, molienda, maceración, filtrado y fermentación de cebada para obtener una cerveza de alta calidad.*

*La pequeña explotación de D. Alberto Montenegro, que desarrolló desde una sociedad denominada Kvothe Beer, S.A., creció de manera constante dada la calidad de su producto.*

*Dada la necesidad de contar con una distribución efectiva y ordenada de los productos de Kvothe Beer, S.A., Alberto Montenegro constituyó otra sociedad paralela denominada Denna, S.A. dedicada a la distribución de bebidas alcohólicas.*

*Denna, S.A. suscribió un acuerdo con Kvothe Beer, S.A. en virtud del cual Denna, S.A. tenía, de forma indefinida en el tiempo, la exclusiva para cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe Beer, S.A. en todo el territorio nacional de España. A su vez, en virtud del acuerdo, Denna, S.A. estaba autorizada y apoderada para contratar con terceros otros acuerdos de sub-distribución de los productos de Kvothe Beer, S.A. en los términos que considerase necesario.*

*Llegado el 31 de diciembre de 2018, la cifra de negocios de Kvothe Beer, S.A. había alcanzado la cifra de 32.250.000 € por lo que atrajo el interés de la marca internacional de cerveza MarvelWeisser Inc.*

*MarvelWeisser Inc., tenía la clara intención de expandir su negocio en Europa y la compra de Kvothe Beer, S.A. parecía, claramente, una opción perfecta para poner un pie firme en el viejo continente. No obstante, dadas las dudas del consejo de MarvelWeisser Inc., MarvelWeisser Inc. decidió acometer la operación de compraventa:*

- A. contando, al menos inicialmente, con un socio financiero local, la sociedad Chetae, S.L. propiedad de una familia reputada de Bilbao que tenía ciertos vínculos con D. Alberto Montenegro y podía ser vista como una buena entrada en las negociaciones. A estos efectos, MarvelWeisser Inc. acordó con Chetae, S.L. que Chetae, S.L. y MarvelWeisser Inc. aportarían cada uno el 50% de los fondos que no se financiaran con terceros y que fueran necesarios para pagar el precio de compra de Kvothe Beer, S.A.; y*
- B. obteniendo financiación de un banco tercero por un importe, al menos, equivalente al 60% del precio a pagar por la compraventa de Kvothe Beer, S.A.*

*El 15 de enero de 2020, D. Alberto Montenegro recibió una oferta de compra del 100% de sus acciones en Kvothe Beer, S.A. por parte MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. por un precio de 200.000.000€. D. Alberto Montenegro, cansado de las exigencias de un trabajo de más de 12 horas diarias, incluidos los fines de semana, decidió aceptar la oferta.*

*Para realizar la compraventa, MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. constituyeron una sociedad denominada Newco Buyer, S.L. participada al 50% por las dos anteriores entidades. Newco Buyer, S.L. sólo tiene una clase de participaciones sociales de un euro (1,00 €) de valor nominal cada una de ellas.*

*A los efectos de pagar el precio de la compraventa de Kvothe Beer, S.A. y los costes asociados a la misma Newco Buyer, S.L. recibió los siguientes fondos:*

Entidad aportante de los fondos correspondientes	Concepto	Importe (€)
MarvelWeisser Inc.	Aportación de capital en el momento de su constitución a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	1.500,00
Chetae, S.L.	Aportación de capital en el momento de su constitución a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	1.500,00
MarvelWeisser Inc.	Aportación de capital con prima a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	39.998.500,00
Chetae, S.L.	Aportación de capital con prima a cambio de 1.500 participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.	39.998.500,00
Banksanva, S.A.	Préstamo de adquisición concedido a Newco Buyer, S.L. como prestatario	130.000.000,00
<b>Total</b>	-	<b>210.000.000,00</b>

En el momento de realización de la operación de compraventa, MarvelWeisser Inc., Chetae, S.L. y Newco Buyer, S.L. otorgaron las siguientes garantías a favor de Banksanva, S.A.:

- A. Una prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Newco Buyer, S.L.;
- B. Una prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe Beer, S.A.;
- C. Una prenda sobre todos los derechos de crédito de Newco Buyer, S.L. derivados de las posibles reclamaciones y acciones del contrato de compraventa firmado con D. Alberto Montenegro; y
- D. Una hipoteca a constituir una vez transcurridos los 6 meses de haber cerrado la compraventa de Kvothe Beer, S.A. y que recaería sobre el inmueble de Kvothe Beer, S.A. sito en Torrelodones y en el que se encuentra la principal factoría y embotelladora de Kvothe Beer, S.A.

La compraventa de Kvothe Beer, S.A. se formalizó el 25 de febrero de 2020 mediante el correspondiente contrato de compraventa que fue elevado a público en la misma fecha en virtud de la correspondiente escritura pública.

Como parte de los pactos de la compraventa, 15 empleados de Kvothe Beer, S.A. pasaron de estar empleados por Kvothe Beer, S.A. a estar empleados por Denna, S.L. porque, de acuerdo con el análisis de los asesores de los compradores, dichos empleados se dedicaban a tareas de distribución de los productos que comercializaba Denna, S.L. y no sólo a las tareas de Kvothe Beer, S.A.

En el mismo acto de la compraventa de Kvothe Beer, S.A., MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. suscribieron un acuerdo de socios de Newco Buyer, S.L. En virtud de dicho acuerdo de socios todas las decisiones relativas a cualquier modificación de estatutos de Newco Buyer, S.L. o cualquier operación de modificación estructural de dicha sociedad debían de ser aprobadas por unanimidad de los socios de Newco Buyer, S.L.

Dado el impacto de la pandemia en 2020 sobre el negocio de Kvothe Beer, S.A., en el ejercicio 2020 las cifras de ventas de Kvothe Beer, S.A. han disminuido por debajo del 60% de las obtenidas en 2019. Dicha reducción de ingresos ha ocasionado tensiones en Kvothe Beer, S.A. y en el seno de su consejo de administración que está formado por las siguientes personas:

1. D. Tyler Barron; designado a propuesta de MarvelWeisser Inc. y quien ocupa el cargo de presidente del consejo;
2. D. Pablo Aguirrebengoa, designado a propuesta de Chetae, S.L.; y

3. *D. Alberto Montenegro, designado a propuesta de MarvelWeisser Inc. y Chetae, S.L. como consejero independiente y, de conformidad con el contrato de compraventa de Kvothe Beer, S.A., obligado a permanecer en dicho puesto hasta el 31 de diciembre de 2022.*

*Dichas tensiones han ocasionado que se haya convocado por parte de D. Tyler Barron una reunión del consejo de administración para las 9:30 horas del día 30 de noviembre de 2021 con el siguiente orden del día:*

1. *Análisis de la situación financiera de la Sociedad.*
2. *Análisis de la posibilidad de fusionar las sociedades Newco Buyer, S.L. y Kvothe Beer, S.A.: exposición de ventajas e inconvenientes de la misma.*
3. *Terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna, S.L.*
4. *Suscripción de un préstamo participativo entre MarvelWeisser Inc. como prestamista y Kvothe Beer, S.A. como prestatario.*
5. *Delegación de facultades*
6. *Redacción y, en su caso, aprobación del acta de la reunión*

*Una vez recibida la convocatoria de la reunión del consejo, D. Alberto Montenegro, en un arranque de furia indignada, ha comunicado mediante burofax al consejo de administración de Kvothe Beer, S.A. que va a emprender todas las acciones legales a su alcance para defender los derechos que le asisten en virtud del contrato suscrito entre Denna, S.L. y Kvothe Beer, S.A. A este respecto, en dicho burofax, D. Alberto Montenegro recuerda al consejo de Kvothe Beer, S.A. que: (i) Denna, S.L. ha distribuido los productos de Kvothe Beer, S.A. desde sus principios y que es una gran parte del éxito de Kvothe Beer, S.A. y (ii) que en caso de que de Kvothe Beer, S.A. de por terminado su contrato con Denna, S.L., los 15 empleados que Denna, S.L. contrató procedentes de Kvothe Beer, S.A. volverán a tener que ser contratados por Kvothe Beer, S.A.*

*Además del burofax que han recibido de D. Alberto Montenegro, todos los miembros del consejo de administración de Kvothe Beer, S.A., a raíz de las diversas informaciones que se han filtrado en el mercado, han recibido:*

- A. *un burofax de la sociedad Espumas de Marbella, S.A. En dicho burofax Espumas de Marbella, S.A. comunica que ha conocido por D. Alberto Montenegro que se va a resolver el contrato con Denna, S.L. y le comunica a Kvothe Beer, S.A. que dicha resolución no ha de afectar en ningún caso a los derechos de distribución en exclusiva que Espumas de Marbella, S.A. tiene en la actualidad para la zona de la Costa del Sol y en virtud del cual Espumas de Marbella, S.A. ha adquirido durante 10 años para su reventa más 3.000.000 € de euros anuales en productos de Kvothe Beer, S.A.; y*
- B. *Un correo electrónico del banco BankSuisse, S.A. que tiene concedida a Kvothe Beer, S.A. una línea de financiación de circulante por importe de 10.000.000 € En dicho correo, BankSuisse, S.A. pregunta por la situación patrimonial de Kvothe Beer, S.A. y además, por la hipoteca que parece que se ha constituido sobre el inmueble de Torrelodones que alberga la factoría y embotelladora de Kvothe Beer, S.A. y de la cual no tenían noticia. De acuerdo con la información de la que dispone BankSuisse, S.A., dicha hipoteca se ha constituido en garantía del préstamo concedido a Newco Buyer, S.L. por Banksanva, S.A. a los efectos de financiar la compraventa y los gastos de la compra de Kvothe Beer, S.A. y según entiende BankSuisse, S.A. dicha hipoteca no es conforme a Dere*

## **2. ARGUMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE PLANTEAN**

### **2.1 INTERPOSICIÓN DE ACCIONES**

#### **2.1.1. Denna respecto del acuerdo de distribución suscrito con Kvothe Beer.**

En este sentido, conviene primero señalar que nos encontramos ante un contrato de agencia suscrito entre Kvothe Beer y Denna. Esto es así ya que, si analizamos las circunstancias del contrato por el que se rigen ambos, es posible observar como se cumplen con las características definitorias del mismo. Estas las encontramos recogidas en el artículo primero de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (en adelante, LCA). Así, y en virtud de lo dispuesto en este, un contrato de agencia es aquel por el que una persona natural o jurídica (en adelante, agente), queda obligada frente a otra de manera continuada en el tiempo, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, a cambio de una remuneración y sin asumir, a menos que se pacte lo contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Este contrato suele ser confundido con el contrato de distribución, el cual se rige, por aplicación analógica, por lo dispuesto en la LCA ya que no cuenta con una regulación específica. La diferencia entre ambos es que, mientras que en el contrato de agencia, el agente no asume ningún riesgo ya que actúa en nombre y por cuenta de un tercero, el distribuidor sí que asume el riesgo y ventura de las operaciones ya que actúa en nombre y por cuenta propios.

Con todo, se deduce que, por el contrato de agencia, Denna ha quedado obligada frente a Kvothe de manera continuada en el tiempo (al menos 10 años) a promover operaciones de comercio y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos ("*cerrar acuerdos de compraventa con terceros por cuenta de Kvothe Beer*" así como "*contratar con terceros acuerdos de subdistribución de los productos de Kvothe Beer en los términos que considerase necesario*"), como intermediario independiente, a cambio de una remuneración y sin asumir, a menos que se haya pactado lo contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Pues bien, establecido esto, en el supuesto de que Kvothe Beer termine, de manera anticipada el contrato de agencia suscrito entre este y **Denna**, esta última consideramos que podrá interponer varias acciones. Estas son las siguientes:

- **Acción de indemnización por clientela**, en base al artículo 28 de la LCA
- **Acción de indemnización por daños y perjuicios**, en virtud del artículo 29 de la LCA.

Estas dos, se podrán interponer debido a la finalización del contrato. Así, la primera se interpondrá por haber finalizado el contrato habiendo Denna aportado nuevos clientes a Kvothe o, de estar en el caso, por haber incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, teniendo entonces lugar una indemnización si esa actividad puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente, mientras que la segunda resultaría de aplicación, sin perjuicio de la aplicación de la primera, por el hecho de finalizar el contrato de manera anticipada en el caso de que esto no permita la amortización de los gastos que el agente tenga que realizar para la ejecución del contrato.



Asimismo, debemos resaltar la posibilidad de que dicha actuación por parte de Kvothe tenga la consideración de desleal, de acuerdo con lo recogido en el artículo 16.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD). Pero para que sea de aplicación, Kvothe tendría que haber terminado el contrato con Denna, sin un preaviso por escrito y con una antelación mínima de seis meses, siempre y cuando no se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en casos de fuerza mayor.

Ante esta situación, **Kvothe Beer** podrá responder alegando la aplicación de la **cláusula “rebus sic stantibus”** que aplica cuando surgen causas sobrevenidas, que no han podido ser previstas por no considerarse como riesgo normal o previsible, en virtud de las cuales se permite la modificación de las cláusulas pactadas en el contrato inicial.

Si tenemos en cuenta el momento en el que se encuentran al valorar esta situación, una situación caracterizada por la pandemia del COVID-19, cabría apreciar la aplicación de esta cláusula para justificar la rescisión por motivos de fuerza mayor. Esto no solo, supondría justificar una rescisión anticipada, sino que, además, en caso de que Denna alegue que se trata de una actuación desleal, no sería de aplicación por el mismo motivo, es decir, por tratarse de un caso de fuerza mayor.

En este punto, y en virtud de la jurisprudencia, hay que destacar que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no conlleva automáticamente la ruptura del pacto *sunt servanda* y, consecuentemente, tampoco la ruptura del contrato.<sup>1</sup>

En el mismo sentido, podría alegarse la desaparición de la base objetiva del negocio, donde Kvothe Beer no es quien altera la base del mismo, sino la situación ajena de la pandemia.<sup>2</sup>

En consecuencia, el peor escenario en el que Kvothe Beer se podría encontrar es que estimen las dos acciones de indemnización interpuestas por Denna, teniendo entonces que hacer frente a estas, o que, incluso, el tribunal llegue a considerar que se trata de un acto de competencia desleal del artículo 16.3 de la LCD.

### **2.1.2. Kvothe Beer y Newco Buyer frente a D. Alberto por la relación con Kvothe Beer y del contrato de compraventa de Kvothe Beer.**

Respecto de las posibles acciones que **Kvothe Beer** podría interponer frente a D. Alberto en virtud de su relación con este, señalaríamos que esta sociedad se encuentra facultada para exigir de D. Alberto responsabilidad por su falta de cumplimiento del deber de lealtad propio de los administradores del artículo 227 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

En concreto, nos referimos al incumplimiento de su obligación básica derivada del mismo de tener que guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo de administrador, incluso aun habiendo cesado en el mismo así como el incumplimiento de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses entren en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.<sup>3</sup> Por esto último, D. Alberto estaría, además, incumpliendo su deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Con todo, Kvothe estará facultado para interponer una **acción social de responsabilidad** del artículo 238 de la LSC frente a D. Alberto, previo acuerdo de la junta general, ya que este último tiene la obligación de responder frente a Kvothe Beer del daño que le haya sido

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) n.º 333/2014, de 30 de junio de 2014.

<sup>2</sup> “La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus” en los contratos”, Lefebvre, 2020.

<sup>3</sup> Artículo 228, apartados b) y e) de la LSC.

causado por aquellos actos realizados incumpliendo sus deberes inherentes al desempeño del cargo, en los que ha intervenido dolo o culpa.

Asimismo, hay que señalar que Kvothe Beer podrá, sin perjuicio de lo anterior, obstar al ejercicio de **las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos** celebrados por este con violación de su deber de lealtad, en virtud del artículo 232 de la LSC.

Por su parte, **Newco Buyer**, de su relación con D. Alberto surgida del contrato de compraventa de Kvothe Beer, cabría que interpusiera frente a él, una **acción por vicio en el consentimiento**, habiendo sido este prestado por error, aunque no consideramos que sea la que mejor se ajusta al caso ya que para exigir vicio en el consentimiento habrá de estarse ante un vicio de especial importancia, un vicio que recaiga sobre el propio objeto del contrato y no consideramos que esto sea así.

Newco Buyer realiza la operación de compraventa sin saber la existencia del contrato entre Kvothe Beer y Espumas de Marbella. En este sentido, hay que destacar que el contrato en cuestión se encontraba en poder de Denna, de la que es socio único D. Alberto y, en ningún momento, le fue entregado a Newco Buyer durante el proceso de revisión legal de Kvothe Beer. Siendo la compraventa sobre Kvothe Beer y, siendo D. Alberto el socio único de la misma, este deviene en responsable de la entrega de todos los documentos que se estimen pertinentes y de utilidad al proceso de revisión o *due diligence* de Kvothe Beer.

En este sentido, parece que existe otra posibilidad más viable y es que Newco Buyer interponga una **acción estimatoria o quanti minoris** según el artículo 1486 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC). De esta forma, Newco Buyer podrá elegir entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó por la compraventa o, lo que creemos que aquí más puede interesar, solicitar una rebaja, teniendo que ser esto una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos.

Esto es así puesto que D. Alberto está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si disminuye el uso a que se le destina y que, de haberlo conocido Newco Buyer, habría dado menos precio por ella.

Asimismo, y en caso de que D. Alberto no solo no lo haya entregado, sino que, además, actuaba de mala fe, podría exigírsele una **indemnización por los daños y perjuicios** causados, siempre y cuando optara por la rescisión del contrato.

Por último, cabría que interpusiera, sin perjuicio de todo lo anterior, tal y como nos referimos respecto de Kvothe Beer, una **acción de responsabilidad**, al ser Newco Buyer el socio de Kvothe Beer y estar facultado igualmente para interponerla.

### ***2.1.3. D. Alberto Montenegro frente a Newco Buyer, Chetae, o MarvelWeisser Inc. como miembro del consejo de Kvothe Beer.***

En relación con esta cuestión, entendemos que, a día de hoy -junio de 2021-, **D. Alberto Montenegro no podría interponer ninguna acción**, ni frente a Newco Buyer, ni tampoco frente a Chetae o MarvelWeisser, Inc. en calidad de miembro del consejo de Kvothe Beer.

Sin embargo, si tenemos en cuenta el resultado del ejercicio del año 2020 en el que las cifras de venta has disminuido por debajo del 60% respecto de las obtenidas en el año 2019, y que, en aplicación del artículo 327 de la LSC se establece que, para el caso de una sociedad anónima como es nuestro caso – Kvothe Beer, S.A.-, deviene obligatoria la reducción del capital cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos

terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto, consideramos que si se cumplieran estos dos requisitos, el cuantitativo - patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital- y el de tiempo – transcurso de un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto, es decir, ya en el año 2022-, D. Alberto podrá exigir responsabilidad de Newco Buyer al ser este el socio único de Kvothe Beer y, en su caso, al no haber procedido a realizar la operación de reducción de capital la cual resulta de obligado cumplimiento y al ser esto una facultad de la junta general en virtud del artículo 160 d) de la LSC. Si bien, tendrá que ser llegado el momento, no estando facultado para interponerla en estos momentos.

## 2.2. RESPECTO DE LA OPCIÓN DE VENTA DE CHETAE

En este punto, lo decisivo es averiguar el proceso que debería llevar a cabo Chetae para ejercitar la opción de venta.

Asimismo, se pretende resolver la duda sobre qué Derecho sería aplicable en caso de que, ante el ejercicio de la opción de venta, MarvelWeisser entendiera que la misma no procede. Para esto último, habrá de tenerse en cuenta que se trata de un contrato de socios entre una entidad en Tennessee y una española.

Pues bien, en aras a la primera pregunta, hay que señalar que la opción de venta, también conocida como “*put option*”, por la que se concede a su titular el derecho a vender un activo al precio que se estipule en ese mismo momento, no está regulada y es atípica.

En cuanto al **procedimiento** que ha de seguirse para ejercitarse dicha opción por parte de Chetae, este será el siguiente:

1. En primer lugar, se deberá verificar que el ejercicio de la opción de venta se encuentra en plazo para su ejecución.
2. Una vez establecido esto, y entendiendo que se encuentra dentro del plazo para el ejercicio de la opción de venta, Chetae deberá notificar a MarvelWeisser Inc. su intención de ejercitar dicha opción, debiéndose llevar a cabo el cálculo y determinación del precio fijado.
3. La compraventa de las participaciones, consecuencia del ejercicio de opción de venta, deberá formalizarse en escritura pública y ejecutarse en el plazo de tiempo acordado por las partes, a partir de que se notificara la intención por parte de Chetae de ejecutar la opción de venta.
4. Las partes se comprometerán a reunirse en la fecha acordada para pagar el precio fijado y adquirir las participaciones.
5. Siempre y cuando se considere que estamos ante un activo esencial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 160 f) de la LSC, se requerirá de la autorización de la junta general para poder llevar a cabo la venta.
6. Igualmente, se solicitará una certificación por parte del órgano de administración por la que se confirmará que se cumplen, tanto los requisitos legales, como estatutarios, para poder llevar a cabo la transmisión de participaciones.
7. Ya, por último, dado el carácter sobrevenido de unipersonalidad de Newco Buyer, se requerirá una escritura de declaración de unipersonalidad en el Registro Mercantil.

Destacar que, antes de proceder a ejercer la opción de venta, deberá confirmarse que se cumple la condición que se estableció en el contrato de socios de Newco Buyer, en virtud de la cual Chetae podría vender todas sus participaciones de Newco Buyer a MarvelWeisser Inc., siempre y cuando los resultados financieros de Kvothe Beer fueran, durante tres años consecutivos, inferiores al plan de negocio que se adjuntaba con el pacto.

En cuanto al Derecho que debería aplicar, en principio, podría entenderse que podría resultar de aplicación el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). al ser una parte estadounidense y la otra española.

Sin embargo, si acudimos a su artículo 1, “*ámbito de aplicación material*”, y más concretamente, a su apartado segundo donde se recogen las materias que serán excluidas de su ámbito de aplicación, resulta que, al estar ante un pacto de socios, no resultaría de aplicación. Esto es así a tenor de lo dispuesto en la letra f que dice que quedarán excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I “*las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas*”.

De lo expuesto, se deriva la necesidad de acudir a la legislación interna española y a sus normas de derecho internacional privado. De manera específica, destacar el artículo 10.5 del CC.

En virtud de esto, en primer lugar, parece que se debería aplicar la ley a que las partes se hubieran sometido expresamente, siempre y cuando esta tenga conexión con el negocio de que se trate. No obstante, y en su defecto, deberá acudirse a la ley nacional común a las partes. A falta de ella, aplicar la de la residencia habitual común, y si no, por último, acudir a la ley del lugar de celebración del contrato.

No solo señala el orden que seguir sobre la ley aplicable, sino que además refiere al caso en que no hubiese existido un sometimiento expreso en contratos relativos a bienes inmuebles y en compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles. De estos dos supuestos, ninguno nos aplicaría.

Habiendo analizado el artículo, cabe concluir que, en caso de controversia entre las partes, el derecho que **resultaría de aplicación sería el derecho español**. Esto se desprende de la ley del lugar donde se celebra el contrato, entendiendo que, en nuestro caso, se trata de Madrid, España.

### 2.3. DE LAS POSIBLES COMPLICACIONES QUE PUEDEN DERIVARSE DEL CONTRATO SUSCRITO POR ESPUMAS DE MARBELLA

Espumas de Marbella tiene, en la actualidad, derechos de distribución en exclusiva para la zona de Costa de Sol, en virtud del acuerdo de sub-distribución firmado entre ésta y Denna, Esta última, autorizada y apoderada para contratar con terceros este tipo de acuerdos respecto de los productos de Kvothe Beer.

El problema es que Espumas de Marbella ha conocido la noticia, mediante D. Alberto, sobre la posibilidad de que Kvothe Beer termine el contrato con Denna de forma anticipada.

Estando así las cosas, lo que aquí interesa es ver qué acciones podría entonces interponer Espumas de Marbella frente a MarvelWeisser Inc.

Cabe destacar que entre Espumas de Marbella y MarvelWeisser Inc. no existe ningún contrato. El contrato que Espumas de Marbella tiene es, únicamente, con Kvothe Beer, esto es, el acuerdo de sub-distribución al que hicimos referencia al principio.

Consecuentemente, a la pregunta que se nos plantea sobre las posibles acciones que Espumas de Marbella puede interponer frente a MarvelWeisser Inc., tenemos que responder que ninguna ya que no existe ningún vínculo contractual entre ambos.

Cabría entonces plantearse una acción por responsabilidad extracontractual. No obstante, esto no tiene tampoco cabida aquí.

Para poder interponer una acción de responsabilidad extracontractual debe existir un perjuicio, teniendo la parte afectada que probarlo. La cuestión es que no existe ningún perjuicio que le haya sido causado a Espumas de Marbella por parte de MarvelWeisser Inc.

Por todo, **Espumas de Marbella no podrá interponer ninguna acción contra MarvelWeisser Inc.**

Por otro lado, resulta de interés averiguar si Newco Buyer tiene algún derecho de reclamación frente a D. Alberto o Denna por el hecho de no haberle sido entregado al primero el contrato existente entre Kvothe Beer y Espumas de Marbella durante el proceso de compra de Kvothe Beer.

Pues bien, a nuestro parecer, tal y como hemos visto en el primer punto (2.1.2.), de lo ocurrido con el contrato entre Kvothe Beer y Espumas de Marbella, surge para Newco Buyer un derecho de reclamación frente a D. Alberto.

Parece entonces que contra D. Alberto podría reclamarse una acción estimatoria o *cuanti minoris*, en virtud del saneamiento de vicios ocultos, debido a que este era el accionista único de Kvothe Beer antes de la compraventa y, por consiguiente, con quien se contrató. Es decir, D. Alberto era la parte vendedora en la compraventa y, Newco Buyer la compradora. Siendo D. Alberto el vendedor, este era el responsable de facilitar todos aquellos documentos que pudieran haber sido de utilidad al proceso de revisión o de *due diligence*, sin perjuicio de la exigencia respecto del comprador de actuar con la debida diligencia.

Por último, y en relación a D. Alberto, procedemos a establecer si el hecho de que este entregara información a Espumas de Marbella tiene consecuencias o no.

Como puede resultar lógico, D. Alberto, como consejero independiente del consejo de administración de Kvothe Beer tiene una serie de derechos, pero también de obligaciones y deberes inherentes a su cargo.

En este sentido, hemos de referirnos a los recogidos en el artículo 225 y ss. de la LSC. Entre otros, D. Alberto podría resultar responsable por un incumplimiento del deber de lealtad recogido en el artículo 227 o, mejor dicho, de las obligaciones que de él se derivan, señaladas en el artículo siguiente. Podrían señalarse como posibles y de aplicación al caso, las letras b) y e) de este último artículo que dicen:

*“b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.*

(...)

*e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.”*

En consecuencia, destacamos que **Kvothe Beer** podría interponer frente a D. Alberto una acción social de responsabilidad en base al incumplimiento de su deber de lealtad y a tenor de lo dispuesto en el artículo 236 de la LSC por el que los administradores responderán frente a la sociedad del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. Resaltar que se exige como requisito que haya intervenido dolo o culpa. Esto queda probado ya que D. Alberto, según nos consta, actuó en un arranque de furia indignada”. En todo caso señala que *“la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos.”*

Con todo, cabe concluir, como hicimos igualmente en el primer apartado (2.1.2.), que la actuación de D. Alberto podrá tener consecuencias en caso de que Kvothe Beer así lo quiera, pudiendo esta interponer **una acción de responsabilidad social** frente a él y, sin perjuicio de esta, **acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos** celebrados por este con violación de su deber de lealtad.

#### **2.4. DEL CONSEJO DEL DÍA 30 DE NOVIEMBRE DE 2021**

Para la reunión del consejo programada para el día 30 de noviembre de 2021, han de tenerse en cuenta varios aspectos relevantes en cuanto a la toma de decisiones y acuerdos.

En primer lugar, para el caso en que D. Alberto no asista a la reunión, D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa estos dos **podrán adoptar acuerdos**.

Esto es así puesto que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 247.2 y 248.1, ambos de la LSC, el consejo de administración se entendería válidamente constituido al concurrir a la reunión la mayoría de los vocales y sería posible la adopción de los acuerdos ya que se alcanzaría la mayoría absoluta que se exige de los consejeros concurrentes a la sesión, entendiéndose, en todo caso, que D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa votarían lo mismo.

Por otro lado, para el **supuesto de que D. Alberto compareciera a la reunión y votara en contra de cualquiera de los puntos del día, habrá de estarse a cada una de las situaciones en concreto**. Así, procedemos a analizar cada uno de los puntos del orden del día establecidos para esta reunión.

- Análisis de la posibilidad de fusionar las sociedades Newco Buyer y Kvothe Beer: exposición de ventajas e inconvenientes de la misma.

Respecto de este punto, ha de destacarse que se trata de una facultad de la junta general recogida en el artículo 160 g) de la LSC y, por tanto, el consejo de administración no estaría facultado para tomar un acuerdo respecto de esto.

- Terminación anticipada del contrato de distribución firmado con Denna.

Siendo D. Alberto socio único de Denna y al existir conflicto de interés, respecto de este punto del orden del día, en virtud de su deber de lealtad, aquel debería abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo o la decisión que se tome al respecto en virtud del artículo 228 c) de la LSC.

Ahora bien, en caso de que D. Alberto, pese a su deber de abstenerse, participara en la votación y, además, votara en contra de la decisión, el acuerdo se podría adoptar al alcanzar la mayoría absoluta, siempre y cuando D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa votaran a favor.

En el supuesto hipotético de que incumpliera su deber de abstenerse y, en caso de ser necesario ya que no consideramos que sea el caso, se podría solicitar responsabilidad derivada de su incumplimiento, así como el ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 232 de la LSC.

- Suscripción de un préstamo participativo entre MarvelWeisser Inc. como prestamista y Kvothe Beer como prestatario.

En este punto habrá de tenerse en consideración el hecho de que se trate de un préstamo participativo. En este sentido, debe acudir al artículo 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica que es donde se regulan tales préstamos. En este sentido, es posible observar como de su definición se entiende que, a través de dichos préstamos, el prestamista obtendrá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria.

Con todo, puede entenderse que MarvelWeisser pretende obtener una rentabilidad económica de dicho préstamo y, teniendo en cuenta que D. Tyler Barron ha sido designado por esta sociedad, podría concebirse la idea de que estamos ante un supuesto de conflicto de interés del artículo 229.1 e) de la LSC, teniendo D. Tyler que abstenerse.

En caso de no abstenerse y alcanzar la mayoría absoluta, D. Alberto podría solicitar las acciones que se prevén en el artículo 232 de la LSC que mencionamos previamente.

- Delegación de facultades.

En principio, el consejo de administración se encuentra facultado para designar entre sus miembros, a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas.

Sin embargo, el artículo 249.3 de la LSC señala la obligación de que el consejero afectado, que desconocemos quien es en el caso, deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. Así, dependerá de sobre quien recaiga dicha obligación.

En todo caso, para la adopción de dicho acuerdo deberá tenerse en cuenta el apartado segundo de dicho artículo por el que será necesario el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del consejo y no producirá efecto hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Respecto de la situación **de D. Alberto**, confirmar que este **tendrá plenos derechos para asistir al consejo del día 30 de noviembre**. Pese a existir un supuesto de conflicto de interés, este seguirá manteniendo sus derechos políticos para el resto de los puntos incluidos en el orden del día. **Únicamente, pierde su derecho político de asistir para el acuerdo en que se considere que hay conflicto de interés** ya que del propio artículo 228 de la LSC se desprende la obligación de abstenerse de deliberar y asistir.

Ya por último, destacar que el consejo, **no estando incluido en el orden del día, no podrá adoptar un acuerdo por el que exigir responsabilidad a D. Alberto.**

A este respecto, se nos ocurre la aplicación del artículo 238 de la LSC por el que, en vez de ser el consejo el que lo haga, **que sea la junta general la que se reúna** siendo motivo adicional el que a esta no se le exija que la acción social de responsabilidad que se pretender interponer se encuentre incluida en el punto del día.

## **2.5. DE LA SITUACIÓN DE LOS 15 EMPLEADOS QUE HAN SIDO TRASPASADOS.**

Hay que tener en cuenta la situación de estos 15 empleados.

Pues bien, estos tras la compraventa y como parte de los pactos de la misma pasaron de estar empleados por Kvothe Beer, a estar empleados por Denna. Y esto, en base a los análisis de los asesores de los compradores (MarvelWeisser Inc. y Chetae) según los cuales dichos empleados, no sólo se dedicaban a las tareas relacionadas con Kvothe Beer, sino que también desempeñaban tareas de distribución de los productos que comercializaba Denna.

Así, la posición de D. Alberto es firme en cuanto a que los empleados, en caso de que Kvothe Beer finalmente decida terminar la relación contractual con Denna, deberán volver a tener que ser contratados por Kvothe Beer.

Con todo, la situación de Kvothe, a priori, no resulta preocupante.

Sin embargo, procedemos a analizar los posibles riesgos que pueden conllevar su anterior actuación.

En primer lugar, cabe destacar la cesión de los trabajadores y, más concretamente, la cesión ilegal de los mismos, debido a que Kvothe no es empresa de trabajo temporal debidamente autorizada y, por tanto, no consideramos una opción la cesión legal del artículo 43.1 del 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 (en adelante, ET).

En cuanto a la **cesión ilegal**, esta queda descartada puesto que si tenemos en cuenta lo que la ley<sup>4</sup> y la jurisprudencia<sup>5</sup> entienden como cesión ilegal de trabajadores, es posible observar cómo no aplicaría al supuesto.

Lo que entendemos que ha sucedido es que Kvothe Beer, en su voluntad de no querer mantener a estos 15 empleados, acordó con los trabajadores su despido y, a continuación, fueron contratados por Denna. Por ende, hasta el momento, no parece que pueda reprochársele dicha actuación.

A este respecto, el despido pudo haber sido un despido basado en causas objetivas, siempre y cuando se justificara la extinción en base a alguno de los motivos que se recogen en el artículo 52 del ET o bien, uno improcedente, regulado en el artículo 56 del mismo texto legal.

---

<sup>4</sup> Artículo 43.2 del ET: “*En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.*”

<sup>5</sup> Entre otras, la STS n.º 873/2019, de 17 de diciembre de 2019.



En el caso de este último, el empresario podrá optar entre llevar a cabo la readmisión del trabajador<sup>6</sup> o abonarle una indemnización.

De lo expuesto, cabe concluir, en principio, que **de la actuación de Kvothe no se puede deducir una consecuencia negativa**. Sin embargo, no podemos, a falta de datos, descartar la posibilidad de que los trabajadores reclamen la improcedencia del despido y este sea declarado como tal. En este último caso, como hemos visto, las consecuencias podrían ser que, o bien Kvothe readmitiera a los empleados, o bien les pagara una indemnización. En todo caso, entendemos que se inclinaría por la segunda opción ya que su intención, en todo momento, ha sido mantenerlos al margen de Kvothe Beer.

Por último, y pese a que no consideramos viable considerar que estamos ante un **grupo patológico de empresas**, no podemos asegurar que los trabajadores no intenten alegarlo como argumento en base a una posible confusión de plantilla para exigir responsabilidad por parte de Kvothe Beer. En este sentido, y debido al ánimo defraudatorio que se desprende de esta figura, Kvothe podría devenir responsable declarándose, igualmente, la improcedencia del despido. En cualquier caso, el requisito de la presunta confusión de plantilla no resulta suficiente como para poder declarar de manera concluyente la existencia de un grupo patológico, siendo, por ejemplo, necesario que sea considerado grupo de empresa y no es así.

## 2.6. DEL IMPACTO DE LA AFIRMACIÓN DE BANKSUISSE SOBRE LA HIPOTECA.

Respecto de la hipoteca, debe señalarse que esta fue, junto con otras, la garantía que otorgaron MarvelWeisser Inc., Chetae y Newco Buyer a favor de Banksanva para que esta última concediera un préstamo a Newco Buyer a los efectos de financiar la compraventa de Kvothe.

El problema está en la afirmación de BankSuisse: que dicha hipoteca no es conforme a derecho.

Antes de adentrarnos a responder cuál será el impacto de esta, debemos hacer referencia al concepto de la asistencia financiera pues ambos, como explicaremos más adelante, se encuentran estrechamente relacionados.

La asistencia financiera puede ser definida como *“la anticipación de fondos, concesión de préstamos, dación de garantías o, en general, facilitación por la sociedad de asistencia financiera a un tercero para la adquisición de sus acciones, o de acciones o participaciones de otra sociedad del grupo.”*<sup>7</sup>

Pues bien, dicha práctica se encuentra prohibida, a excepción de que se trate de un supuesto en el que sean las entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social las que la lleven a cabo y que se financien con cargo a bienes libres de la sociedad.

Con todo, se establece que una sociedad no podrá facilitar, desde el punto de vista financiero, la adquisición de sus acciones o de acciones o participaciones de otra sociedad del grupo a un tercero.

---

<sup>6</sup> Debe resaltarse la STC n.º 71/2020, del Juzgado de lo Social de Madrid n.º 34, de 21 de febrero de 2020, en la que el Juez señala que la opción de readmitir al empleado no debe corresponder al empleador en cuanto se estaría vulnerando el principio de integridad/adecuación indemnizatoria.

<sup>7</sup> “Asistencia financiera”, Diccionario panhispánico del español jurídico.

Aplicando lo visto al caso y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 150 de la LSC, al ser este el que trata la asistencia financiera en el caso de sociedades anónimas, es posible deducir como, tanto la hipoteca sobre el inmueble de Kvothe Beer, como la prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe Beer, son operaciones que se encuentran prohibidas por la ley al considerarse supuestos de asistencia financiera ilícita. Kvothe Beer está garantizando en ambos casos su propia adquisición de acciones.

Por consiguiente, la **afirmación de BankSuisse no debe pasar desapercibida**. Siendo ambas garantías, **supuestos de asistencia financiera prohibida**, la consecuencia será la **nulidad de pleno derecho**, de conformidad con el artículo 6.3 del CC. No obstante, debe señalarse que el hecho de que la garantía sea declarada nula no implicará la nulidad del negocio, es decir, la adquisición de las acciones.<sup>8</sup>

Antes de avanzar en el informe, debe aquí destacarse la peculiaridad de que la hipoteca se constituyera como una promesa a futuro al establecerse que esta se constituiría seis meses después de haber cerrado la compraventa. Es decir, el negocio de financiación de asistencia financiera se produce después de haberse producido la adquisición de las acciones de la sociedad.

Podría pensarse que entonces no se trataría de un supuesto de asistencia financiera o que no aplicaría la consecuencia de nulidad sobre esta. Sin embargo, existe una línea doctrinal que defiende que *“lo relevante es que el negocio de financiación se realice, en la común voluntad de la sociedad y del beneficiario de la financiación, para auxiliar financieramente al tercero en la adquisición de las acciones, siendo irrelevante que la financiación se produzca antes, simultáneamente o después de la adquisición. existe, pues no se ha inscrito en el registro.”*<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Entre otras, la STS n.º 541/2018, de 1 de octubre de 2018 en la que el Tribunal establece que *“la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada, y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación”*.

<sup>9</sup> Alfaro, J., *“Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias”*, Almacén de Derecho, 2017

### **3. RECOMENDACIÓN**

Tras el análisis jurídico de las cuestiones planteadas, concluimos el informe con las siguientes recomendaciones y la estrategia legal que, a nuestro parecer, debería seguir MarvelWeisser Inc. por resultar lo más beneficioso para esta sociedad.

En primer lugar, respecto de la cuestión primera (“interposición de acciones”), recomendaríamos, así como lo hicimos para Kvothe Beer en relación con el incumplimiento las obligaciones de D. Alberto derivadas del deber de lealtad, que MarvelWeisser Inc. interponga una acción de responsabilidad social frente a este a través de Newco Buyer por el hecho de ser este último el socio de de Kvothe Beer y estar facultado para interponerla en virtud del artículo 236 de la LSC.

Respecto de D. Alberto, MarvelWeisser Inc. no debe preocuparse puesto que, como señalamos, este no tiene en la actualidad ninguna posibilidad de interponer acciones frente a Newco Buyer que, en todo caso, sería lo que podría inquietarle.

En segundo lugar y, en cuanto a la opción de venta de Chetae, queda señalado en el informe el procedimiento que habrá de seguir esta sociedad en el caso de pretender ejercer dicha opción, teniendo siempre que cumplirse la condición que se estableció en el contrato de socios de Newco Buyer para poder ejercerla.

En este sentido, recomendamos a MarvelWeisser Inc. tener muy en cuenta esto último ya que de ello depende la viabilidad del ejercicio de dicha opción, pudiendo no estar conformes. Asimismo, en caso de disputa, parece ser del estudio que se ha realizado, que la ley aplicable sería la ley española en todo caso. Por tanto, siendo MarvelWeisser Inc. una sociedad estadounidense desde el despacho se recomienda que se establezca de forma expresa el Derecho aplicable a estos casos en caso de no estar conformes con lo anterior.

A continuación, y en relación con el contrato suscrito por Espumas de Marbella, de igual manera que respecto de D. Alberto, MarvelWeisser Inc. no debería alarmarse puesto que la primera no tendrá posibilidad de interponer ningún tipo de acción, ni contractual ni extracontractual.

Ya finalizando el informe, se nos plantean diferentes cuestiones de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021. En relación con esto, cabe destacar aquí únicamente la posibilidad de que, una vez más, MarvelWeisser Inc., a través de Newco Buyer, impugnara aquellos acuerdos que se pretenden adoptar y que por el posible incumplimiento de D. Alberto de abstenerse en aquellos puntos en los que exista un conflicto de interés, no se consiga hacerlo. No solo se podrían impugnar, sino que se podría también exigir responsabilidad derivada de su incumplimiento, así como el ejercicio de las acciones de cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados con violación de su deber de lealtad.

A continuación, de la situación de los empleados y de la actuación que suponemos de Kvothe Beer a falta de datos, no consideramos que se pueda deducir una consecuencia negativa. En cualquier caso, si os empleados tramitaran una reclamación, procederíamos a preparar una defensa ajustada a las características de la misma, pero de las opciones que, a priori, se nos ocurren, ninguna parece que pudiera prosperar. Todo esto, teniendo en cuenta como hemos señalado previamente que se cumple la suposición que hemos hecho sobre como actuó Kvothe Beer respecto de los empleados.

Por último, en cuanto a la afirmación de BankSuisse en relación con la hipoteca, cabe destacar que no solo la hipoteca, sino que también la prenda sobre la totalidad de las participaciones sociales de Kvothe Beer, son operaciones que se encuentran prohibidas al

considerarse supuestos de asistencia financiera ilícita, siendo la consecuencia de esto la nulidad de pleno derecho de las mismas, que no del negocio. Es decir, la adquisición de las acciones no se verá afectada en ningún caso, no siendo importante el momento en el que se produce respecto de la adquisición.

Con todo, se pretende una estrategia legal con la que conseguir una posición envidiable para MarvelWeisser Inc. respecto de cualquier imprevisto o circunstancia que pudiera surgir,

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

- *La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus” en los contratos*, Lefebvre, 2020 (disponible en: <https://elderecho.com/la-crisis-del-coronavirus-la-aplicacion-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos>).
- *Asistencia financiera*, Diccionario panhispánico del español jurídico.
- *Alfaro, J., “Lecciones: Asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias”, Almacén de Derecho, 2017.*
- *“La acción estimatoria o quanti minoris, la acción redhibitoria y la doctrina aliud pro alio. Aplicación en un supuesto práctico”* Lefebvre, 2019 (disponible en: <https://elderecho.com/la-accion-estimatoria-o-quanti-minoris-la-accion-redhibitoria-y-la-doctrina-aliud-pro-alio-aplicacion-en-un-supuesto-practico>

#### **NORMATIVA**

- Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- 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.
- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.
- Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

#### **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 333/2014, de 30 de junio de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 541/2018, de 1 de octubre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 873/2019, de 17 de diciembre de 2019.
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid n.º 34, n.º 71/2020, de 21 de febrero de 2020.