



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**MÁSTER DE DERECHO DE LA
EMPRESA**

Autor: Ainhoa Moreno Hueros

Tutor: Miguel Martínez Muñoz

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE

INFORME DIRIGIDO A LA SOCIEDAD GREED GROUP, S.A. (OPCIÓN B)	4
I. Posible formulación de demanda de impugnación del acuerdo de aumento de capital social por compensación de créditos	5
1. Cuestiones procesales	6
2. Cuestiones materiales	18
II. Líneas de defensa frente a una posible demanda por Sigaar. Consultas realizadas por el cliente.....	28
1. Responsabilidad de la firma de auditoría.....	28
2. Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar..	32
3. Mancomunidad y solidaridad de los administradores.....	33
4. Valoración de la <i>Joint Venture</i>	35
5. Valor del acuerdo de intenciones y las declaraciones y garantías de los contratos	38
6. Doctrina de los actos propios.....	40
ESCRITO DE DEMANDA.....	44
INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN	57
I. Contestación a la impugnación.....	57
III. Posible reconvencción	58
BIBLIOGRAFÍA	60

ABREVIATURAS

Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
C. Com.	Código de Comercio
CC	Código Civil
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Núm.	Número
Págs.	Páginas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INFORME DIRIGIDO A LA SOCIEDAD GREED GROUP, S.A. (OPCIÓN B)

El presente informe, cuyo destinatario es el cliente sociedad Greed Group, S.A. (en adelante “Greed Group”), tiene por objeto analizar la situación actual de la sociedad Greed Group y las diversas alternativas estratégicas de cara a iniciar acciones judiciales o neutralizarlas.

Para ello, se han tenido en cuenta los siguientes hitos:

- Greed Group y Sigaar negocian la creación de una *Joint Venture* con el objetivo de obtener financiación para la sociedad filial de Greed Group denominada Habanera, S.A.U. (“Habanera” en adelante).
- El órgano de administración de Greed Group es un Consejo de Administración, cuyo presidente es el Sr Gekko. El de Sigaar son dos administradores mancomunados: Sr. Bud Fox y Sr. Glauser Roist.
- La operación se plantea a través de la constitución de la sociedad Newco, propietaria del cien por cien del capital social de Habanera.
- Elaboración de un informe de revisión jurídica (*vendors due diligence*) por Greed Group, que refleja la situación legal de Habanera.
- La sociedad de auditoría de reconocido prestigio Pufosa Asesores financieros realiza otro informe de revisión financiera de Habanera.
- Sigaar ofrece en pago de las acciones el importe equivalente a ocho veces el EBITDA, ascendiendo a 972.222 euros, adquiriendo el 75% del capital de Habanera.
- Suscripción de un acuerdo de intenciones a fecha de 15 de noviembre de 2019, donde se establecen los términos esenciales de la operación y el periodo de validez de las declaraciones y garantías (con vigencia de 24 meses).
- Constitución de nueva sociedad Newco, participada al setenta y cinco por cien (75%) por Sigaar y al veinticinco por ciento (25%) por Greed Group, con fecha de 20 de diciembre de 2020 y con domicilio social en Barcelona. Cuenta con un administrador único (sr. Bud Fox), si bien el Sr. Gekko lleva a cabo la gestión diaria de la sociedad.

- Elevación a público del contrato de constitución, con garantías con vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados de Habanera y una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Valencia.
- Con fecha de 10 de marzo de 2020, el Sr. Bud Fox aporta un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar en el que aclama la inexactitud de la contabilidad ofrecida y el ajuste del precio.
- El Sr. Gekko niega las acusaciones y, a continuación, se inicia un cruce de correos electrónicos en que se acreditan las discrepancias entre ambos socios de Newco.
- Con fecha de 27 de abril de 2020 se adoptan dos acuerdos: la sustitución del administrador único por Sr. Glauser Roist; y el aumento de capital por compensación de créditos de Sigaar. Greed Group votó en contra de este último.
- El resultado de dicho acuerdo es la variación en las cuotas de participación de cada accionista, pasando a ostentar Sigaar el 95% y, Greed Group, el 5%.
- En mayo de 2020, Sigaar despoja al Sr Gekko de todas sus funciones de gestión de Newco.

I. Posible formulación de demanda de impugnación del acuerdo de aumento de capital social por compensación de créditos

La acción a interponer por Greed Group sería la de impugnación del acuerdo social de aumento de capital por compensación de créditos, pues, como se analizará a lo largo de este apartado, constituye un abuso de la mayoría, que impone su decisión como consecuencia de un mayor porcentaje de participación en el capital de la sociedad. Así pues, el fin será la obtención de la anulabilidad del mencionado acuerdo, pues el mismo tiene como fundamento la lesión de interés de la sociedad en beneficio del accionista mayoritario¹, como se detallará de manera pormenorizada a lo largo del presente informe.

Esta acción de impugnación, como se verá más adelante en el presente informe, se dirige con la sociedad Newco, puesto que adopta el acuerdo lesivo de la minoría y la justificación de la impugnación de acuerdos tiene como fin la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico, conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC” en adelante).

¹ VILLENA CORTÉS, F., “Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios”, en *Tratado de conflictos societarios*, Valencia, 2019, versión online.

El plazo para la interposición de demanda de impugnación de acuerdo social es de un año desde la fecha de adopción del acuerdo en junta de socios, de conformidad con el artículo 205 LSC.

1. Cuestiones procesales

1.1. Medidas cautelares y oposición a ellas

El artículo 721 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC” en adelante) reconoce a todo actor la posibilidad de solicitar medidas cautelares con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

El auto de la Audiencia Provincial de Madrid 126/2012, de 20 de julio, define los extremos necesarios para la concesión de medidas cautelares, señalando que la instrumentalidad supone que la medida cautelar no es un fin en sí misma, sino un **instrumento accesorio** del proceso principal para hacer posible la **tutela judicial efectiva**. Aclama también la exigencia de que *“los efectos jurídicos que se persiguen con la medida estén directamente relacionados con los de la sentencia que eventualmente debería resolver el litigio principal en favor del solicitante de la tutela cautelar”*, pudiendo conseguirse mediante la conservación de una determinada situación previa al conflicto y exigiéndose, en todo caso, una conexión directa entre la medida y el objeto del proceso.

Por tanto, de cara a obtener la resolución favorable a la adopción de medidas cautelares, habrá de probar la necesidad de las mismas, esto es, el peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho.

Respecto al *“periculum in mora”* o el peligro por la mora procesal del art. 728. 1 LEC, se establece la necesidad de que exista un riesgo, racionalmente previsible de que la parte demandada pudiera aprovecharse del estado de pendencia del proceso, debiendo, consecuentemente, aportar elementos de juicio que permitan deducir el riesgo inherente.

En cuanto al requisito de *“fumus boni in iuris”* del art. 728. 2 LEC, este consiste en la exigencia de ofrecer justificación suficiente que revele, aun de modo indiciario, que lo más probable es que el litigio vaya a merecer un resultado favorable, esto es, que el objeto

de litigio presenta un grado de solidez necesario para motivar la concesión de la tutela cautelar.

Greed Group, por otro lado, deberá también **prestar fianza**, de acuerdo con el art. 728. 3 LEC, con la finalidad de garantizar que podrá responder de manera efectiva de los daños que la medida pudiera causar a la sociedad demandada.

Así pues y con el fin de aplicar estos razonamientos al caso presente de demanda de impugnación del acuerdo social de ampliación de capital por compensación de créditos, Greed Group solicitará como medidas cautelares las siguientes:

- La **suspensión cautelar** del acuerdo social impugnado.
- La **anotación preventiva** en el Registro Mercantil, en virtud del art. 727. 6º LEC y 155-157 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (“RRM” en adelante). Tiene únicamente efectos de publicidad de la pendencia del litigio, así como el no cierre registral de la operación de aumento de capital social.

En el presente supuesto se dan los elementos necesarios para la concesión de medidas cautelares por los razonamientos que se pasan a exponer en los siguientes párrafos.

En primer lugar, concurre el **peligro de mora procesal** pues, en caso de no obtenerse la suspensión temporal del acuerdo, el socio mayoritario (Sigaar) podría aprovechar la pendencia del proceso para adoptar acuerdos sociales que le sean beneficiosos, como consecuencia de ostentar el 95% del capital de Newco, pues dispone que prácticamente la totalidad de acciones que integran el capital de la sociedad, lo que haría irrelevante el voto del otro socio (socio minoritario Greed Group) para la adopción de nuevos acuerdos, pudiendo, por tanto, alcanzar acuerdos que sean nuevamente lesivos no solo para el socio minoritario, sino también para la sociedad Newco.

Ello se ve resaltado también por el hecho de que, incluso antes de la aprobación del acuerdo de aumento de capital, Sigaar – como socio mayoritario - se vio beneficiado por el porcentaje que ostentaba de representación en el capital social de Newco, habiendo la sociedad adoptado un acuerdo abusivo por el que se compensaban sus créditos con su único voto y en detrimento del socio minoritario, como se detallará más adelante en el presente informe. Así pues, el desarrollo de esta conducta abusiva en el seno de la sociedad justifica la posibilidad de la continuación de conductas de este tipo por parte de

Sigaar, perjudiciales para el accionista minoritario, a la vista, también, de las discrepancias subyacentes entre sendos socios de Newco, como se acredita con los correos electrónicos.

Además, también concurre el presupuesto exigido por la LEC de “*fumus boni in iuris*”. En este sentido, habrá de indicarse al Juzgado que, en el supuesto que se nos plantea, se da una situación en la que existe un socio minoritario que ostenta el 25% del capital social, frente al socio mayoritario que no solo ostenta el 75% del mismo, sino que, además, controla la sociedad, la gestiona y la administra pues la misma se encuentra administrada por un administrador único (Sr. Glauser Roist en la actualidad), que es, a su vez, administrador mancomunado del socio mayoritario. Este administrador, pues, domina la sociedad y adopta decisiones anteponiendo el interés propio frente al de la sociedad o del socio en minoría.

Este socio mayoritario, además, a raíz de las desavenencias con el socio minoritario como muestran los correos electrónicos, adopta un acuerdo por medio del cual se compensan sus propios créditos, con la finalidad de diluir en mayor medida aún la participación de este último.

Además, debe tenerse en cuenta que el Greed Group, como socio, venía realizando las tareas de administración o gestión diaria. Sin embargo, Sigaar también tomó la decisión de despojarlo de sus funciones con fecha de mayo de 2020, lo que, inevitablemente, refuerza una vez más la situación de control absoluto de Sigaar sobre la sociedad Newco y la imposibilidad del socio minoritario de participar en la gestión de Newco.

En suma, el objeto de la suspensión sería bloquear la virtualidad del acuerdo adoptado por Newco, constituyendo, pues, una anticipación provisional de los efectos de la sentencia definitiva, que podría producir efectos de difícil o imposible reparación no solo para la sociedad, sino también para Greed Group como socio de la misma.

Por ello, pueden entenderse cumplidos los requisitos mencionados y exigidos por la Ley, necesarios para que el Juzgado pueda conceder las medidas cautelares que se solicitan aquí. No obstante, ha de insistirse también en la obligación de prestar fianza para citada concesión.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta otro presupuesto legal necesario, ya que, en relación a la **suspensión cautelar del acuerdo**, el art. 727. 10º LEC reza lo siguiente “la

suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial". Esto es, el socio impugnante ha de representar, al menos, el 1% del capital de la Newco.

En cuanto al momento en que es necesario representar dicho porcentaje, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en su Auto 129/2007, de 29 de octubre 2007 afirma: *"exigiéndose legalmente una participación mínima en el capital social para estar legitimado para solicitar la suspensión cautelar del acuerdo, quien tenga ese porcentaje de participación en el momento de adopción del acuerdo pero con posterioridad, antes de solicitar cautelarmente la suspensión del acuerdo, enajena una parte de tal participación, de modo que ésta queda situada por debajo del mínimo legal exigido en el art. 727.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es acreedor de la tutela cautelar, que exige, en garantía del interés social, ese mínimo porcentaje de participación. Y, asimismo, se intenta evitar que quien no alcance ese porcentaje de participación cuando se adoptó el acuerdo, pueda maniobrar adquiriendo más participación social hasta conseguir una legitimación de la que carecía*".

Es decir, para adoptar la suspensión cautelar del acuerdo social se exige que el socio impugnante represente, al menos, el 1% del capital social en el momento de adopción del acuerdo y de la ulterior impugnación.

En cualquier caso, esta circunstancia también concurre en el presente supuesto, pues Greed Group ostentaba el 25% en el momento de aprobación del mismo e incluso el 5% con posterioridad al mismo.

En consecuencia y, tras el análisis realizado, puede afirmarse que se dan los presupuestos legales requeridos para la solicitud de medidas cautelares, debiendo solicitar al Juez, como se ha señalado anteriormente, la suspensión del acuerdo, así como la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil.

En cuanto al momento de **solicitud** de mencionadas medidas, el art. 730. 1 LEC afirma que, con carácter general, tendrá lugar junto con la demanda principal, debiendo – como indica el art. 732. 2 LEC - aportar todos los documentos necesarios que acrediten su necesidad.

Tras citada solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia convocará, en el plazo de cinco días (art. 734. 1 LEC) a la sociedad Newco – como demandado –, para la realización de una audiencia dentro de los diez días siguientes, donde las partes podrán practicar pruebas necesarias en razón de las medidas cautelares. Ha de señalarse que no cabe recurso contra las pruebas propuestas o el contenido de la comparecencia, salvo protesta.

Así, en los cinco días posteriores a las mismas, el Juzgado decidirá mediante auto sobre la solicitud de las medidas cautelares, contra el que solo cabrá recurso de apelación, de acuerdo con el art 735 y 736 LEC. En caso de que se el Juzgado las considere concedidas, se ejecutarán de oficio, conforme al art. 738. 1 LEC.

1.2.Competencia y jurisdicción en atención a la cláusula de sumisión expresa

En primera instancia, debe analizarse qué se entiende por “sumisión expresa”. Sumisión expresa es la manifestación de voluntad de las partes, recogido en un contrato previo al procedimiento procesal, obligándose recíprocamente y viéndose vinculados a la resolución de un posible conflicto futuro ante los órganos jurisdiccionales de un territorio concreto. En el presente caso sería ante los Juzgados y Tribunales de Valencia, al haberle incluido una cláusula que regulaba este extremo en el contrato suscrito con fecha de 20 de diciembre de 2019.

Esta posibilidad la regula la LEC en su artículo 55, que reza así “*se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren*”.

En este sentido también se pronuncia el art. 22 bis 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ” en adelante), que reza lo siguiente “*se entenderá por acuerdo de sumisión expresa aquel pacto por el cual las partes deciden atribuir a los Tribunales españoles el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión*”. Este precepto, además, exige la constancia **por escrito** de la sumisión, como se plantea en el presente supuesto.

No obstante, ha de tenerse en cuenta el art. 54 LEC, que regula excepciones a esta capacidad de las partes de determinación a unos tribunales concretos en los que la Ley aplicará con carácter imperativo. Este precepto, a su vez, alude al art. 52 de la Ley, que establece que *“en materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social”*, en su apdo. 1. 10º.

Por tanto, desde el punto de vista de interposición de una demanda de impugnación del acuerdo de aumento de capital por compensación de crédito, habrá de estarse a estos últimos preceptos citados, debiendo, en consecuencia, accionar ante los juzgados del domicilio de la sociedad Newco, esto es, Barcelona, pues el domicilio social de Newco quedó configurado en dicho lugar.

Por ende, serían competentes los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, en virtud del art. 86 ter 2. a) LOPJ, que indica que la competencia corresponderá a estos Juzgados en aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles.

En suma, no podrá aplicarse la cláusula de sumisión expresa para impugnar el acuerdo social de Newco, debiendo estar a la regulación imperativa que dispone la LEC.

1.3.Legitimación activa y pasiva y posibilidad de litisconsorcio pasivo

La legitimación constituye un presupuesto del derecho al proceso, determinando los requisitos necesarios para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho que se ejercita. En esta línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Huelva en su sentencia 418/2015, de 25 de noviembre, y la sentencia del Tribunal Supremo 346/2014, de 27 de junio, donde afirman *“consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido”*.

La **legitimación pasiva** corresponde al demandado y el Tribunal Supremo la define como *“una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto supone una*

coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas” (STS 306/2019, de 3 de junio).

Por el contrario, **legitimación activa** se refiere al demandante o actor del proceso y, el Tribunal Constitucional ha aclamado su utilización “en sentido amplio y no restrictivo” (STC 219/2012, de 26 de noviembre).

Con respecto a esta **legitimación activa**, el art. 206. 1 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 (“LSC” en adelante) reconoce la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales a los socios que hubieran adquirido tal condición con carácter previo a la adopción del acuerdo, y siempre que represente, al menos, el uno por ciento del capital social. Por su parte, el Tribunal Supremo exige que ostente también dicha condición al tiempo de interponer la demanda de impugnación (STS 2311/2002, de 30 de enero).

Por tanto, para encontrarse legitimado para interponer demanda, Greed Group ha de cumplir dos requisitos: (i) ostentar la condición de socio antes de la adopción del acuerdo, así como en el momento de interposición; y (ii) la titularidad de, al menos, el uno por ciento del capital de Newco, ya que no se trata de una sociedad cotizada.

La justificación del presupuesto exigido por la Ley relativo a ostentar la condición de socio antes de adopción del acuerdo, la reconoce el Tribunal Supremo en su sentencia 6850/2012, de 18 de junio, donde aclama “*en realidad, la legitimación deriva de ser titular de las participaciones al tiempo de celebrarse la junta, por verse entonces afectado por los acuerdos en ella adoptados, y como mecanismo legal para reaccionar frente a las irregularidades que, de forma relevante, vician la junta o los acuerdos en ella adoptados*”.

Así pues, puede afirmarse que Greed Group ostenta legitimación para impugnar el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos pues ostenta más del 1% del capital en la Newco, más concretamente, ostentaba el 25% hasta el momento de adopción del acuerdo y el 5% tras su adopción.

El presente supuesto debe seguir el cauce del apartado 1 del citado precepto y no el apartado 2, que hace referencia a la impugnación de acuerdos contrarios al orden público. Ello se debe a la interpretación realizada por la jurisprudencia entorno al concepto de “orden público”, que entiende como tal no solo los “*principios jurídicos, públicos y*

privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada” (STS 5092/2007, de 19 de julio), sino también – y en el marco de la sociedad de capital – reconoce como acuerdos contrarios al orden público aquellos “*denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española*” (STS 5012/2015, de 10 de septiembre; y STS 3608/2007, de 30 de mayo, entre otras). También se reconocen como tal los acuerdos adoptados y que permanecen ocultos a los socios, con el fin de eludir la intervención del socio (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 170/2014, de 26 de mayo). Por tanto, aquí no puede entenderse que el acuerdo haya sido contrario al orden público, pues el socio minoritario sí se encontraba presente en el momento de aprobación del acuerdo en la Junta General Extraordinaria, debiendo, en consecuencia, acudir al apdo. 1 mencionado.

Por otro lado, respecto a la **legitimación pasiva**, el apdo. 3 del art. 206 LSC señala que corresponde a la sociedad, esto es, a Newco.

Por resumir, la legitimación activa para interponer demanda de impugnación de acuerdo social pertenece a Greed Group como accionista de la Newco – por el solo hecho de ser socio y presentar los requisitos-, debiendo dirigirse, por tanto, frente a la sociedad, por encontrarse legitimada pasivamente en este caso.

Por último, en el presente supuesto no se plantea la posibilidad de **litisconsorcio activo o pasivo**, pues el demandante es el único socio minoritario de la sociedad (y, por tanto, el único socio que se ve afectado por el acuerdo) y, de conformidad con la LSC, el único destinatario de la demanda de impugnación de acuerdo social es la sociedad Newco.

1.4.Procedimientos a seguir de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil

El procedimiento a seguir será el del **juicio declarativo ordinario** regulado en los arts. 339-436 LEC, de acuerdo con el art. 248. 2. 1º y 249. 1. 3º LEC. Este último precepto dispone lo siguiente: “1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: (...) 3.º Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por

Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles”.

En primer lugar, habrá de presentarse **demanda** ante el Juzgado competente, que deberá identificar, conforme al art. 399 LEC, al actor y al demandado y el domicilio en que pueden ser emplazados, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho de manera separada, ordenada y clara, así como la pretensión de la demanda. El escrito de impugnación también habrá de recoger el nombre y apellidos del procurador y abogado. También deberán detallarse los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación a los hechos que fundamenten las pretensiones, junto con las valoraciones o el razonamiento de los mismos.

En los fundamentos de la demanda, además de los referidos al fondo de la demanda, deberá justificarse la capacidad de las partes, la jurisdicción, la competencia y la clase de juicio que deba sustanciarse. Además, la Ley señala que en el “*petitum*” se regulen las peticiones de manera ordenada, así como posibles peticiones subsidiarias.

Junto con el escrito de demanda habrá de presentarse el documento que acredita el abono de la **tasa judicial** (art. 8. 2 de la Ley 10/2012, de 20 de diciembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses), pues aquí el actor (Greed Group) es una persona jurídica.

Con posterioridad a la presentación de la misma, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto por medio del cual admite la demanda, dando traslado a Newco como demandada, para que la conteste en un plazo de veinte días (art. 404. 1 LEC).

En la **contestación**, Newco podrá allanarse en todas o algunas pretensiones o podrá exponer los fundamentos de oposición a las pretensiones de la demanda, debiendo seguir la forma de dicho escrito. La demandada habrá de admitir o negar los hechos recogidos en la demanda, pudiendo también invocar excepciones procesales.

Además, en los primeros diez días del plazo para contestar al escrito de demanda, Newco podría interponer **declinatoria** de considerar que existe una falta de jurisdicción o de competencia del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda.

También podría formular **reconvención**. No obstante, para que sea admitida se exige, conforme al art. 406 LEC la conexión entre las pretensiones de esta y las del escrito de

demanda. El análisis sobre una posible reconvencción por parte de Newco será analizada en el último informe del presente documento.

En el plazo de tres días desde la contestación a la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia citará a sendas partes (actor y demandada) a una **audiencia**, debiendo emplazarse dentro de los veinte días posteriores a la citación.

Respecto a la audiencia, las partes habrán de acudir asistidos por abogado (art 414. 2 LEC) en ella se examinarán las cuestiones procesales, se fijará el objeto del proceso y los hechos controvertidos (ya sean de hecho o de derecho, conforme al art. 428. 1 LEC) y se propondrá y admitirá prueba.

Ha de señalarse que, en el supuesto de que no acudiera el abogado de la demandada, la audiencia no se verá obstaculizada, esto es, seguirá tramitándose sin él.

Además, ha de indicarse que, en cualquier momento, las partes podrían acordar acudir a mediación, provocando el resultado de suspensión el proceso. En caso de no alcanzarse un acuerdo tras una posible fase de mediación, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juzgado el alzamiento de la suspensión, art. 415. 3 LEC.

En caso de que ambas partes descarten un acuerdo extrajudicial, se reanudará la audiencia, pudiendo plantearse las siguientes cuestiones de carácter procesal (art. 416 LEC): falta de capacidad o de representación de las partes; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio; inadecuación del procedimiento; o defecto legal en la proposición e la demanda o reconvencción, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o la petición.

Así pues, y siguiendo el esquema indicado en los párrafos anteriores, una vez alegadas cuantas cuestiones procesales las partes estimen convenientes, las partes harán declaraciones que consideren necesarias respecto a los hechos o fundamentos de derecho.

Seguidamente, se fijarán los hechos controvertidos, conforme al art 428. 1 LEC y, posteriormente, las partes propondrán pruebas, siendo el Juez quien decidirá sobre su admisión, de acuerdo con el art. 429. 1 LEC.

En último lugar y dentro del acto de la audiencia, el Juez señalará la fecha del juicio, debiendo tener lugar dentro del mes posterior a la celebración de esta audiencia (art. 429. 2 LEC).

En el supuesto de que los únicos medios de prueba sean documentos y no hayan sido impugnados o cuando se hayan aportado informes periciales y no se haya solicitado la ratificación en el acto de juicio, el Juez podrá dictar sentencia en el plazo de veinte días, sin que se celebre el juicio (art. 429. 8 LEC).

De no darse esta situación, se celebraría **juicio** en el plazo ya señalado, al cual, las partes deben acudir representadas por procurador y asistidas de abogado (art. 432 LEC).

El objeto del juicio es la práctica de la prueba: declaraciones, testificales, periciales, reconocimiento judicial y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Una vez practicadas, cada parte formulará de manera oral conclusiones sobre estas, exponiendo si los hechos, a su juicio, han sido o deben considerarse admitidos, probados o inciertos a la luz de cada una de las pruebas (art 431. 2 LEC).

Tras exponer sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, las partes podrán informar sobre los argumentos sobre los que apoyan sus pretensiones. No obstante, no podrán ser alterados en este estadio.

No obstante, es posible que, con carácter previo a la práctica de la prueba, se escuche a las partes con respecto a la alegación de nuevos hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa, en cuyo caso, estas podrán proponer y admitir pruebas en relación con dichos hechos.

En último lugar, será el Juez quien dicte **sentencia** en el plazo de veinte días desde la terminación del juicio, de acuerdo con el art. 434 1 LEC. Sin embargo, si durante este plazo y antes de que se haya dictado sentencia, una de las partes solicitara diligencias finales y fueran acordadas por el juez, quedaría en suspenso el plazo para dictar sentencia, en virtud del art 434. 2 LEC.

Estas diligencias finales solo serán acordadas por el Juez (art. 435 LEC) con respecto a pruebas que no se hubieran podido proponer en tiempo y forma por las partes; cuando no hubieran sido practicadas por causas ajenas a la parte que las propuso; y en relación a hechos nuevos o de nueva noticia.

Además, debe recogerse la posibilidad de **terminación anticipada del procedimiento** por desaparición del objeto. Esta situación podría darse si el acuerdo impugnado fuera revocado o sustituido válidamente por otro con carácter posterior a la interposición de la demanda, de acuerdo con el art 204. 1 LSC.

De no producirse esta circunstancia y de dictar sentencia sobre el proceso, ha de tenerse en cuenta que, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cabría **recurso de apelación** en el plazo de veinte días computados desde el día siguiente a la notificación de citada sentencia. De dicho recurso conocería la Audiencia Provincial, conforme al art. 455 y ss. LEC.

En cualquier caso, la **estimación** de la impugnación en sentencia podría producir un efecto de arrastre sobre posibles acuerdos posteriores adoptados en el seno de la junta.

1.5.Proposición de prueba y medios de prueba

Las pruebas que se propondrán, de acuerdo con el art. 299 LEC, con el fin de fundamentar las pretensiones de Greed Group son las siguientes:

- **Interrogatorio de las partes:**
 - a. Interrogatorio del administrador Sr. Bud Fox, con el fin de profundizar sobre la motivación del aumento de capital de la sociedad.
- **Documentos públicos:**
 - a. El acuerdo de aumento de estar formalizado en escritura pública. En caso contrario, se presentaría como documento privado.
 - a. La certificación del acta de la junta general² celebrada el 27 de abril de 2020, donde se adopta el acuerdo y se recoge la oposición de Greed Group a la operación.
- **Documentos privados:**
 - b. Los correos electrónicos intercambiados entre Sr. Bud Fox y Sr Gordon Gekko.
- **Dictamen de peritos** sobre la autenticidad de los correos electrónicos.

² Como afirma CAMPINS VARGAS, las certificaciones, al igual que las actas, hacen prueba frente a todos puesto que sirven de base para la elevación a público de los documentos y, en su caso, para la inscripción. En “El acta de la Junta: un comentario al art. 202 LSC” en blog “Almacén de Derecho”, 2018.

2. Cuestiones materiales

2.1. Ampliación de capital social por compensación de créditos

En primer lugar, debe hacerse una breve mención a la **ampliación de capital social por compensación de créditos**. Se trata, pues, de una ampliación de capital con cargo a **aportaciones no dinerarias**, como ha considerado la doctrina (resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de febrero de 2012 y la reciente resolución de 7 de febrero de 2020; así como la sentencia 298/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre).

La finalidad de esta operación consiste en transformar una partida de pasivo exigible en capital. Así, para el titular del crédito que se compensa, supone la conversión de su derecho de crédito en la entrega de acciones de la sociedad. Como señala PAREDES GALLEGO³ y GARCÍA GIL y UGENA MUÑOZ⁴, la compensación de créditos conlleva un aumento real y no meramente contable.

Para poder realizarse la operación han de cumplirse los **presupuestos** impuestos por la LSC, que serán diferentes según se trate la sociedad en cuestión –Newco - de una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada.

No obstante, teniendo en cuenta que se desconoce aquí la tipología de la Newco, se harán referencias sendos requisitos con el fin de determinar si el aumento de capital por compensación de créditos ha tenido lugar siguiendo el cauce legal y, por tanto, puede considerarse válido o no.

De tratarse la Newco de una **sociedad de responsabilidad limitada**, la Ley establece que el crédito que se compensa ha de ser totalmente líquido y exigible (art. 301. 1 LSC). En caso contrario y si la Newco se tratase una **sociedad anónima**, sería suficiente con el 25 por ciento de los créditos sea líquido y exigible, requiriendo la Ley, además, que el vencimiento de los restantes sea en un periodo inferior a cinco años.

En caso de ser la Newco una sociedad anónima, la Ley impone también la **certificación de auditor** que acredite, al tiempo de la convocatoria de la junta general, que, una vez verificada la contabilidad de la sociedad, son exactos los datos ofrecidos por los

³ PAREDES GALLEGO, C., “Aumento de capital por compensación de créditos”, en *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 528.

⁴ GARCÍA GIL, V. Y UGENA MUÑOZ, S. “La modificación de los estatutos sociales” en *Esquemas de Derecho de las Sociedades de Capital*, Tomo XLI, Valencia, 2018, págs. 407-417.

administradores sobre los créditos a compensar (art. 301. 3 y 4 LSC). No obstante, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (tradicional Dirección General de Registros y del Notariado) se ha expresado en la resolución de 19 de mayo de 2016 señalando que el informe del auditor debe referirse a la “adecuación” de dichos datos y no necesariamente a su “exactitud”,

Junto a estos requisitos, y cualquiera sea la tipología de la Newco, se exige también la elaboración de un **informe por los administradores** (art. 301. 5 LSC) al tiempo de convocar la junta general sobre las características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de acciones que se van a crear y la cuantía del aumento, conforme al art. 300 LSC.

Estos documentos, esto es, el informe de administradores y, en caso de tratarse de una sociedad anónima, la certificación del auditor, han de ponerse en el momento de anuncio de **convocatoria** de la junta, a disposición de los socios, que tendrán derecho a solicitar la entrega o el envío de los mismos, en virtud del art. 301. 4 LSC.

Si bien aquí se entiende que se cumplieron estos requisitos necesarios relativos a los informes y certificaciones, pues la junta fue válidamente convocada y constituida - como señala el supuesto de hecho -, habría que prestar atención a los requisitos de vencimiento de los créditos del art. 300 LSC para poder determinar el aumento como válido.

En segundo lugar, ha de hacerse mención a la imprescindible existencia de **consentimiento** del titular de crédito, pues así ha sido recalcado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en numerosas ocasiones (Resolución de 13 de junio de 2016, entre otras), afirmando *“parece claro por tanto que el consentimiento del titular del crédito es en todo caso exigible para que el crédito se transformen capital, pudiendo ser ese consentimiento expresado de forma tácita, al votar a favor del acuerdo, o de forma expresa al manifestar su deseo en la junta de que su crédito se transforme en capital social”*.

Siguiendo esta línea, el consentimiento de Sigaar puede entenderse otorgado de manera implícita en el momento de votación del acuerdo.

En tercer lugar, ha de analizarse el cumplimiento de las exigencias en la **adopción del acuerdo** de aumento de capital social.

Así, art. 296 LSC, en su apartado 1), reza lo siguiente: “*el aumento del capital social habrá de acordarse por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales*”.

Para ello, la Ley exige la aprobación por mayoría absoluta para los casos en que el capital presente sea superior al cincuenta por cien. Esta circunstancia se entiende que concurre, puesto que estaban presentes los dos socios en la junta: tanto Greed Group (socio minoritario) como Sigaar, en cuanto que socio mayoritario. Además, se entiende aprobado cumpliendo las mayorías exigidas en la Ley de Sociedades de Capital pues votó a favor del aumento Sigaar, ostentando el 75% del capital social. No obstante, habría que estar a los estatutos sociales de Newco con el fin de dilucidar si recogen una posible mayoría más elevada que aquella que recoge la Ley.

En todo caso, el art. 290. 1 LSC impone la **escritura pública** para aquellos acuerdos que modifiquen los estatutos sociales, como es el caso. Así, deberán constar en escritura pública no solo el acuerdo de aumento sino también las modificaciones que se incorporen a los estatutos de la sociedad, habiendo de recoger los extremos establecidos en el art. 314 LSC: (i) los derechos aportados; (ii) la identidad de la persona a quien se haya adjudicado; (iii) las acciones atribuidas; (iv) la declaración del órgano de administración de que la titularidad de las acciones se ha hecho constar en el Libro-registro de socios.

Con respecto al posible **derecho de suscripción preferente** de Greed Group como socio, cabe señalar que el art. 304 LSC no contempla esta posibilidad, al no tratarse de un aumento con cargo a aportaciones dinerarias, como es un crédito. Por tanto, Greed Group no dispone de un derecho de preferencia en el presente aumento de capital social. Es numerosa la doctrina que confirma este extremo: resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 4585/2015, de 2 de octubre; sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 1104/2017, de 25 de mayo; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 777/2019, de 27 de marzo, entre otras.

Así, la Audiencia Provincial de Pontevedra se pronuncia de la siguiente manera en esta última resolución: “*el derecho de preferencia -fuera del marco de la operación acordeón típica que regula el artículo 343 del TRLSC- está hoy legalmente preservado en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones con cargo a aportaciones dinerarias (artículo 304 TRLSC), modalidad que la Ley diferencia con*

claridad de otras (aportaciones no dinerarias, aumento por compensación de créditos, por conversión de obligaciones o con cargo a reservas) ”.

Retomando el acuerdo de junta, una vez adoptado el mismo, debe procederse a su **ejecución**. Para ello, los administradores han de elaborar una nueva redacción de los estatutos de la Newco con la finalidad de añadir la nueva cifra social, conforme al art. 313 LSC.

La ejecución, además, tiene que documentarse en escritura pública, tal y como establece el art. 314 LSC, debiendo contener la información ya citada.

Una vez ejecutado el acuerdo, deberá inscribirse el acuerdo en el Registro Mercantil de manera simultánea tanto el acuerdo de aumento como la ejecución, de acuerdo con el art. 315.1 LSC. La responsabilidad de la inscripción recae sobre el administrador de la Newco.

Por tanto, con respecto a la operación de aumento de capital habría que analizar si en la operación de aumento de capital social por compensación de aportaciones se cumplieron todos los requisitos formales exigidos por la Ley que se han visto recogidos en este apartado del informe, para poder determinar la validez del acuerdo de aumento. Así, de no haberse observado todos los presupuestos legales mencionado, no podría considerarse la operación como válida.

2.2.Opresión de la minoría en Newco al ampliar el capital social injustificadamente

Ahora bien, a pesar de cumplir el acuerdo todos los condicionantes legales la operación podría ser ilícita. Ello se debe a que la operación de aumento por compensación de créditos no implica una absoluta libertad para convertir créditos como se desee, como afirma PAREDES GALEGO⁵.

Así, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha reconocido, en su Resolución 4585/2015 de 2 de octubre, que *“esta Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de*

⁵ PAREDES GALEGO, C., “Operaciones societarias”, en *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Valencia, 2018, págs. 527-561.

postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social”.

Esto es, un acuerdo de la junta general puede, a pesar de cumplir con los presupuestos legales, haber tenido como origen una posición de abuso y, por tanto, dar origen a una posible impugnación del mismo (art. 204 y 190 LSC).

En este sentido, art. 204. 1 LSC dispone lo siguiente: “*Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La **lesión del interés social** se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone **de manera abusiva** por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una **necesidad razonable de la sociedad**, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.*

Este precepto regula el abuso de mayoría en la adopción de un acuerdo como contrario al interés social, constituyendo una causa de impugnación de acuerdos sociales. La finalidad es, pues, denegar aumentos de capital que no sean necesarios y que, en consecuencia, tengan como fin blindar o elevar la participación del socio mayoritario.

Así pues, si el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría, se considera lesionado el interés social. Por tanto, ha de coexistir una razón objetiva que, desde la perspectiva del interés de la sociedad, razone la adopción del acuerdo y el sacrificio de la minoría, como afirma GARCÍA-VILLARUBIA⁶.

En este sentido y, en atención al precepto mencionado, los presupuestos para considerar un acuerdo social como lesivo son los siguientes: (i) que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la Newco; (ii) que el acuerdo se adopte por la mayoría en su propio interés; y (iii) que se haga, además, en detrimento injustificado de los demás socios.

En primer lugar, se puede afirmar que el acuerdo no responde a una **necesidad razonable**. Newco se había creado poco antes de la adopción del acuerdo (el 20 de diciembre de 2019, mientras que el acuerdo se adopta el 27 de abril de 2020, esto es, apenas cuatro

⁶ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los grupos de casos de acuerdos abusivos”, *El Derecho. Revista de Derecho mercantil*, núm. 76, Madrid, 2019.

meses más tarde) y no consta que se hubieran visto alteradas las circunstancias de constitución de la misma, de manera que hubiera hecho necesaria la capitalización del crédito (como posibles pérdidas tras el cierre del balance, como en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 191/2007, de 25 de mayo, donde era la única opción viable, además de la disolución de la sociedad).

En segundo lugar, el acuerdo fue adoptado por el **socio mayoritario** – Sigaar –, titular del 75% del capital y, habiendo votado el socio minoritario – Greed Group – en contra. Puede entenderse adoptado por Sigaar en su **propio interés**, puesto que, el resultado de la operación de la cual tenía objeto el acuerdo social era el aumento de la cuota de participación que presentaba en Newco, produciendo, a su vez, la postergación del socio minoritario.

Por último, en tercer lugar, no consta que se plantearan **propuestas diferentes** para que el socio minoritario (Greed Group) pudiera suscribir un aumento dinerario o convertir deuda, si dispusiera de un crédito, sino que el objeto directo del acuerdo parece ser la dilución de la cuota de participación de Greed Group en la sociedad Newco, pasando de ostentar el 25% a ser titular únicamente del 5% del capital de esta sociedad. Tampoco se tiene constancia de que se hubieran observado otros métodos de aumento de capital social que permitieran aumentar la cuota de participación del socio minoritario o que, al menos, reconocieran el derecho de preferencia del mismo, lo que conduce inexorablemente a la idea de que la operación no se encuentra justificada y es el resultado del abuso del socio mayoritario, considerándose, por tanto, como conducta impugnada puesto que lesiona el interés social.

La justificación de la falta de necesidad y el detrimento del socio minoritario podría ofrecerse gracias a los correos electrónicos intercambiados entre los socios como medio de prueba. Si bien ello se analizará más adelante de manera pormenorizada, debe afirmarse aquí que la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 370/2012, de 23 de noviembre, ya confirmó un supuesto de abuso en la adopción de un acuerdo de aumento por compensación de créditos de un socio en el que se aportó documental que acreditaba la existencia de tensiones entre los socios con carácter anterior a la votación del aumento. Además, concurren aquí ciertas similitudes con el caso que se presenta en aquella sentencia, pues tras la adopción del acuerdo, se sufre una importante dilución de la participación.

Lo que es más, la operación de aumento tiene lugar con carácter posterior a la aparición de discrepancias entre los dos socios que integran el capital de Newco, lo que conduce a la idea que el socio mayoritario adoptó el acuerdo con el fin de obtener el control prácticamente absoluto (95%) de la sociedad, pudiendo adoptar tantos acuerdos como considere oportuno, al no ser suficientemente relevante la cuota de participación de Greed Group.

La Audiencia Provincial de Madrid, en la citada resolución, dice así: *“aunque pudieran ser legítimos (los créditos compensables), habían sido contraídos en momento bastante reciente (en concreto de marzo de 2009), lo que en un contexto de enfrentamiento entre los socios podría resultar sospechoso, dada la queja de los actores de que a ellos ni se les informó con suficiente antelación de ese hecho ni se les brindó la misma oportunidad de conceder préstamos a la sociedad, pese al interés que en tiempo pretérito habían mostrado en ello, lo que les dejó de modo sorpresivo fuera de la posibilidad de participar en la ampliación por esa vía”*.

Y concluye señalando que *“el acuerdo de ampliación de capital estuvo presidido por la finalidad de perjudicar a la minoría social discrepante [...], al producir la dilución de la participación social de los minoritarios, asegurándose de ello mediante la elección del mecanismo concreto (compensación de créditos otorgados por algunos de ellos) que privaría a aquéllos, en represalia por su conducta precedente, de cualquier posibilidad de poder participar en él, a diferencia del efecto que se siguió para los mayoritarios”*.

En suma, puede defenderse que el hecho de que no haya habido un cambio en la situación económico-financiera de la Newco (debido a su corta vida social) ni consta que se encuentre ante una necesidad de restructuración de la sociedad, junto con el cruce de correos electrónicos que justifican la existencia de conflictos entre los socios, podrían acreditar la falta de “necesidad razonable” reclamada por la jurisprudencia para la adopción de este acuerdo y el resultado de la adopción con el fin de dilucidar la participación del socio minoritario Greed Group en la Newco y perjudicarlo.

2.3.Posible abstención en votación

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de obligación de abstención de Sigaar en la adopción del acuerdo, debe señalarse que no se encuentra enmarcado en ninguno de los supuestos que recoge el art. 290 LSC, que exigen la abstención del socio en la votación

en junta por confluir un conflicto de intereses. En este sentido, como indica RECALDE CASTELLS⁷, no puede considerarse incluido en el apdo. 1) letra c) de este precepto, que contempla supuestos que consisten en “liberarle de una obligación o concederle un derecho” y que, más bien, tiene la finalidad de evitar acuerdos que modifican la posición del socio, perdiendo la sociedad y beneficiándose el socio.

Ahora bien, si el voto del socio incurso en conflicto fuera decisivo, el artículo 190. 3 LSC permite a los socios impugnar el acuerdo, correspondiendo a Sigaar probar la conformidad del acuerdo al interés social. En este caso, puede considerarse como decisivo su voto, pues ostenta el 75% del capital social de Newco.

Por tanto, será Sigaar quien deba probar la necesidad razonable del acuerdo, así como las posibles alternativas y los motivos que justifican la elección de la compensación como mejor opción.

2.4. Valor probatorio de los correos electrónicos

En primer lugar, ha de señalarse que, en el ordenamiento jurídico español no existe regulación concreta sobre la prueba electrónica, sino que se hace referencia a ella en diversos artículos de la LOPJ y LEC.

La LEC realiza una enumeración de los medios de prueba en su precepto 299 y, más concretamente en su apdo. 2), recoge la posibilidad emplear como medio de prueba “instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas”. A su vez, el art. 384 LEC permite al tribunal que examine los mismos cuando hayan sido admitidos como prueba por relevantes, procediendo a una valoración del instrumento que se aporte conforme a las reglas de sana crítica (apdo. 3) y, en contrapartida, pudiendo la contraparte conocer el medio, alegar y hacer proposiciones de aquello que estime conveniente.

Así pues, se entiende como posible la aportación al proceso de los correos electrónicos gracias a la redacción del art. 299 a la que se ha hecho referencia, que permite la utilización de pruebas electrónicas o instrumentos informáticos.

⁷ RECALDE CASTELLS, A., “Conflicto de intereses”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor, 2014, pág. 77.

Para la admisión de una prueba electrónica, debe realizarse, con carácter previo, el “test de admisibilidad”, con el fin de valorar la misma⁸. Dicho test consiste en la superación de tres exigencias: la licitud, esto es, que los correos electrónicos no hayan sido obtenidos como consecuencia de violentar derechos y libertades fundamentales; la integridad, es decir, que el soporte en que se presenten al tribunal se vea inalterado; y, por último, la autenticidad, debiendo, por tanto, reflejar la realidad del sujeto y del contenido.

La incorporación de los e-mails intercambiados entre Sr. Gekko y Sr. Bud Fox podría tener lugar, bien como documento privado o bien como documento público. La diferenciación dependerá de la forma de aportación de los mismos, esto es, si se acudiera a un notario para que diera fe del contenido de los correos electrónicos, accedería al proceso como documento público, conformando una prueba tasada. Por el contrario, si el cliente los incorporase como documento escrito, a través de la impresión de los mismos o mediante la realización de una captura de pantalla, por ejemplo, se hablaría de documento privado.

Con el fin de asegurar la autenticidad, en el caso de un posible procedimiento, se recomienda que un perito afirme la misma.

Como señala GARRIDO CASTILLO⁹, en el supuesto de acceso como **documento privado**, su validez quedará supeditada a la actuación de la contraparte, esto es Sigaar, respecto a la prueba. Así, en virtud del art. 326. 1 LEC, si Sigaar no impugnase la misma en el proceso, tendrá carácter de prueba plena.

No obstante, si fuera impugnada la prueba de los correos electrónicos, la mera impugnación no les priva por sí solo de valor probatorio (SAP de Granada 23/2016, de 9 de febrero). En efecto, conforme al apdo. 2 de este precepto, la parte que los hubiera presentado podría solicitar el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba siempre que sea útil y pertinente al efecto.

Si, como resultado del cotejo, se desprendiera la autenticidad de los correos, los gastos del mismo se impondrán a la contraparte. En cambio, si no se pudiera deducir su

⁸ CAMPS LORENTE, O., “Una aplicación multidisciplinar del análisis de los flujos de información al aseguramiento, admisibilidad de impugnación de la prueba electrónica en el juicio civil”, en *La Prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 385-407.

⁹ GARRIDO CARRILLO, F. J., “La prueba electrónica en los procesos civiles y penales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16-18, 2017, versión online.

autenticidad o no se hubiera propuesto ninguna otra prueba, será el tribunal quien deba proceder a una valoración conforme a las reglas de la sana crítica. En esta línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Baleares, en su sentencia 352/2012, de 23 de julio, insistiendo en la valoración como una actividad exclusiva de los órganos judiciales y no de los litigantes.

Por otro lado, en el supuesto de que la contraparte impugnase el documento habiendo sido tasado por un notario con carácter anterior, deberá probar éste la falsedad del documento público electrónico.

Con carácter general, cabe señalar que los Tribunales les han dotado en numerosas ocasiones de validez probatoria, siempre que no se hubieran desvirtuado por las restantes pruebas (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de julio de 2016).

Es por todo ello que, en un posible procedimiento de impugnación del acuerdo social, se aportarían los correos electrónicos como documento privado, susceptible de cotejo pericial de letras en el supuesto de que la demandada los impugne.

2.5. Valoración de una indemnización y cuantificación de los daños causados

El remedio principal para los supuestos de impugnación de acuerdos sociales es la indemnización de los datos y perjuicios causados al socio o accionista, que reconoce la relación entre la impugnación y los remedios generales del Derecho de obligaciones.

El art. 206 LSC incluye el derecho a solicitar el resarcimiento del daño provocado por el acuerdo impugnado a aquellos socios que no alcancen el límite porcentual en el capital social. No obstante, como indica VILLENA CORTÉS¹⁰, la Ley no se pronuncia sobre la posibilidad de que aquellos socios que sí se hallen legitimados para impugnar el acuerdo, puedan, a su vez, solicitar una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el acuerdo.

Si bien un sector de la doctrina reconoce esta posibilidad, BOQUERA MATARREDONA¹¹ afirma que son incompatibles la acción de impugnación y la acción

¹⁰ VILLENA CORTÉS, F., “Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios”, en *Tratado de conflictos societarios*, Valencia, 2019, versión online.

¹¹ BOQUERA MATARREDONA, J., “Legitimación para impugnar acuerdos sociales”, en *Derecho mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 2019, págs. 344-345.

de resarcimiento, de acuerdo con el art. 71. 3 LEC, que dispone “*será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio y no podrán, por tanto, acumularse cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras*”.

Esta teoría nos parece acertada por entender que una posible indemnización por daños y perjuicios es incompatible con la impugnación de un acuerdo social que tiene como fin determinar la invalidez o ilicitud de un acuerdo, de modo que, con una sentencia estimatoria, se revocaría el mismo, desapareciendo los perjuicios que venía provocando el acto al socio minoritario

En suma, entendemos que no procede aquí solicitar indemnización por los daños y perjuicios provocados por el acuerdo impugnado.

II. Líneas de defensa frente a una posible demanda por Sigaar. Consultas realizadas por el cliente.

La finalidad de este apartado del informe es determinar algunas vías de neutralización o defensa ante una posible acción promovida por Sigaar frente a Greed Group.

1. Responsabilidad de la firma de auditoría

En primer lugar, Sigaar podría alegar el falseamiento de la contabilidad de Habanera. Frente a una posible acción solicitando la responsabilidad de Greed Group por los informes revisión financiera sobre la situación legal de Habanera, se habrá de aludir a la responsabilidad del informe de la sociedad de auditoría encargado a Pufosa Asesores Financieros, que es el informe que corroboró el estado de Habanera y en base al cual se estableció el precio a pagar por Sigaar por las acciones de aquella sociedad.

El informe financiero implica la culminación del proceso de auditoría de cuentas, efectuado por el auditor, en este caso, la sociedad de auditoría Pufosa Asesores Financieros (en adelante “Pufosa”), que elabora un informe de revisión financiera, donde se analizaban los estados contables y los principales ratios económicos y financieros de

Habanera a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

Así pues, Pufosa emite el informe de auditoría de conformidad con la carta de encargo suscrita entre Greed Group y la sociedad Pufosa, bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hayan elaborado, debiendo estar, pues, firmado por estos (art. 5 de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas) (“LAC” en adelante).

El art. 1. 2 LAC reza lo siguiente: "*la actividad consiste en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros*".

Es decir, el informe de auditoría tiene como objeto la emisión de un documento acerca de la fiabilidad de la información económica auditada, esto es, los procesos de auditoría no se limitan a la comprobación de saldos, sino que, las técnicas de revisión y verificación permiten al experto ofrecer una opinión técnica e independiente de la contabilidad, así como de aquellas circunstancias que no estuvieran recogidas en la misma.

A continuación, el art. 2 LAC incluye dentro del concepto de auditoría de cuentas la elaboración de estados financieros o documentos contables, inclusive aquellos documentos contables que forman parte de las cuentas anuales que se elaboren por separado.

Por tanto, la finalidad consiste en conocer la opinión de auditoría sobre la calidad de la información económico-financiera de una sociedad.

Siguiendo esta línea, la Directiva 2006/43/CE afirma que los auditores y las sociedades de auditoría se hallan obligados a la realización de sus tareas con la diligencia debida, siendo **responsables**, por tanto, de los perjuicios que tengan consecuencia de su negligencia.

El art. 26 LAC establece que estos responderán de los **daños y perjuicios** proporcionales y directos, incluyendo supuestos de negligencia, que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones tanto frente a la entidad auditada como frente a terceros que acrediten que actuaron o dejaron de actuar tomando en consideración el informe de auditoría.

En este caso, la auditoría la lleva a cabo una entidad, de manera que un auditor elaboró el informe en nombre de esta auditoría. Así, la sociedad de auditoría y el auditor que firmó el informe responderían solidariamente como responsables de la veracidad del informe.

Además, debe tenerse en cuenta que el art. 26. 1 LAC hace una remisión al Código Civil (“CC” en adelante), de modo que la responsabilidad del auditor es subjetiva, esto es, se requiere el dolo o la culpa. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Álava, en su sentencia 280/2003, de 4 de noviembre, que impone no solo la concurrencia de un daño o un perjuicio sino también una conducta antijurídica culpable, así como el nexo causal entre la acción contraria a la *lex artis* de los auditores y el resultado provocado. Así, la indemnización se fundamentaría de manera proporcional al daño causado.

En este sentido establece el art. 26. 2 LAC que señala lo siguiente “*la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero*”. Este precepto, además, añade “*la responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros*”.

En este caso y como consecuencia de la imposición regulada en el apartado 3 del art. 26 LAC, responderían solidariamente la sociedad de auditoría que elaboró el informe, junto con el auditor que firmó el mismo. Sin embargo, la sociedad auditora podrá repetir contra el responsable con carácter posterior. Es numerosa la jurisprudencia relativa a la solidaridad (sentencia del Tribunal Supremo 338/2012, de 7 de junio, entre otras).

No obstante, ha de tenerse en cuenta que deben diferenciarse aquí dos supuestos diferentes de responsabilidad en función de la persona que demanda a Pufosa, puesto que, si fuera la sociedad Greed Group, se haría sobre la base de la responsabilidad civil contractual (cumplimiento negligente de las tareas que le fueron encomendadas, art. 1101 y ss. CC), mientras que si fuera la sociedad Sigaar, al tratarse de un tercero ajeno a dicho contrato, se fundamentaría en la **responsabilidad civil extracontractual**, conforme al art. 1902 CC. Esta posibilidad de demanda por terceros ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, siempre que les haya producido un daño o perjuicio el informe de auditoría (STS 355/2009, de 27 de mayo, entre otras).

En este sentido y conforme al art. 26. 2 LAC, se entiende por tercero *“cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión”*.

En cualquier caso, como se ha señalado anteriormente, la responsabilidad del auditor no tiene carácter objetivo sino subjetivo, lo que implicará la exigencia de dolo o culpa en el incumplimiento. En esta línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 869/2008, de 14 de octubre de 2008, afirmando *“para determinar si se produce ese incumplimiento de sus obligaciones hay que analizar la naturaleza del trabajo del auditor de las cuentas anuales. El trabajo del auditor al realizar la verificación de las cuentas anuales presenta un doble aspecto, el primero de revisión de la contabilidad de la sociedad, y el segundo, consecuencia del anterior, de emisión del informe de auditoría. Ambos aspectos están reglados, con frecuencia de modo muy detallado, por las leyes societarias y de auditoría de cuentas, el Reglamento de Auditoría de Cuentas y las Normas Técnicas de Auditoría”*.

Así pues, se exigen dos presupuestos para determinar la posible responsabilidad del auditor. La primera tiene que ver con los requisitos que recoge el Código Civil relativo a la acción u omisión, la concurrencia de un daño o perjuicio, y la relación de causalidad entre ellos, de manera que esa acción u omisión sea el origen del daño o perjuicio. Por otro lado, la segunda tiene que ver con la falta de observancia del auditor de la *lex artis* de la profesión.

En relación a la *lex artis*, la Audiencia Provincial de Zaragoza señala *“constituyen los principios y requisitos que debe observar necesariamente el auditor de cuentas en el desempeño de su función y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable e independiente”*, art. 17. 1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas (“RAC” en adelante).

Así, si bien los auditores no están obligados a detectar todas las irregularidades y reflejarlas en su informe, sí se encuentran obligados a detectar aquellos que, con una correcta ejecución de su prestación profesional, deberían haber descubierto. De manera que, de no haber detectado Pufosa la exactitud de la contabilidad de Habanera, la responsabilidad por el informe recaería sobre la propia sociedad de auditoría debido a un incumplimiento de la diligencia debida.

En conclusión, todos estos razonamientos llevan a la idea de que, en el supuesto de que Sigaar demandara a Greed Group reclamando la responsabilidad de esta sociedad por la inexactitud de la contabilidad, Greed Group podría repetir contra Pufosa, al actuar como responsable directo de dicho informe la citada sociedad de auditoría.

2. Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar

En segundo lugar, respecto a la posibilidad de que Sigaar aporte el informe financiero realizado por su departamento de contabilidad con la finalidad de acreditar irregularidades en el informe de Greed Group o el de Pufosa, debe señalarse que el art. 31 del Código de Comercio (“C. Com.” en adelante) afirma que *“el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho”*.

Así pues, la contabilidad puede ser valorada como prueba documental en un procedimiento, pudiendo ser objeto, por tanto, de reconocimiento judicial y también de prueba pericial.

En este sentido, el art. 326 LEC reconoce como prueba plena los documentos privados siempre que su autenticidad no sea impugnada por la parte que a quien perjudiquen. Por tanto, en el supuesto de Sigaar aportase el informe interno como medio de prueba, se recomienda a Greed Group impugnar su autenticidad. Además, Greed Group podría y debería controvertir también el documento no reconociendo su valor probatorio.

Por último, ha de insistirse en la diferenciación del valor que se ofrece a un informe interno con respecto a un informe de auditoría. Ello se debe a que el informe de revisión financiera por un auditor o sociedad de auditoría, que ha de ser realizado por aquellos sujetos que reúnan las condiciones establecidas en la LAC, que figuren inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (art. 6 LAC), tiene por fin proteger a los acreedores y terceros ajenos a la sociedad que realiza el informe financiero, empleando para ello las Normas Técnicas de Auditoría sobre los informes (Resolución de 7 de octubre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas). Estas garantías, en cambio, no se ofrecen cuando es el propio departamento de contabilidad de la sociedad quien elabora el informe financiero.

3. Mancomunidad y solidaridad de los administradores

En tercer lugar, el cliente solicita una valoración sobre los acuerdos alcanzados entre Greed Group y Sigaar con el fin de determinar su validez, como consecuencia de la firma únicamente de uno de los administradores mancomunados de Sigaar.

La **solidaridad** de los administradores es la competencia para ejercer la gestión o representación de la sociedad de manera indistinta por cualquiera de los miembros del órgano de administración. Como señala MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO¹², coexiste aquí una correspondencia entre la competencia de representación de la sociedad y el modo de organización. Además, ha de señalarse que, en los supuestos de solidaridad y, de acuerdo con el art. 234 LSC, las limitaciones estatutarias exclusivamente tendrían efectos internos, esto es, dichas limitaciones no serían oponibles frente a terceros.

En cambio, la **mancomunidad** de los administradores exige la actuación conjunta de los administradores. No obstante, como afirma PÉREZ RAMOS¹³, ello no significa que la actuación haya de ser simultánea, conforme a la resolución del Dirección General de Seguridad Pública y Fe Pública de 12 de septiembre de 1994.

Con respecto a la consulta realizada por el cliente respecto a la mancomunidad y solidaridad de los administradores, cabe señalar que, si bien el órgano de administración de Sigaar está compuesto por dos administradores mancomunados, los contratos y acuerdos suscritos entre Sigaar y Greed Group para establecer las líneas de acción (acuerdo de intenciones alcanzado a fecha de 15 de noviembre de 2019) y de creación de la *joint venture* Newco (a fecha de 20 de diciembre de 2019) fueron firmados únicamente por Sr. Gekko y Sr. Bud Fox.

Así pues, habría que estar a una posible autorización o **consentimiento previo** por parte del otro administrador mancomunado de Sigaar (Sr. Glauser Roist) para la suscripción de los acuerdos mencionados. Para ello y, de darse este supuesto, habría de tratarse de un consentimiento prestado para actos concretos, conforme a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Pública y Fe Pública de 7 de mayo y 8 de mayo de 2013.

¹² MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Artículo 210. Modos de organizar la administración”, en *Tratado de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2017, versión online.

¹³ PÉREZ RAMOS, C., “Artículo 233. Atribución del poder de representación” en *Tratado de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2017, versión online.

En caso de no haber autorizado previamente al Sr. Bud Fox el otro administrador mancomunado, habría que acudir a la jurisprudencia y doctrina, con el fin de determinar si es posible una ratificación posterior del negocio por aquel administrador mancomunado que no participó en él, con el fin de determinar la validez de los contratos o negocios jurídicos realizados (acuerdo de intenciones y contrato de constitución de la *joint venture*).

En este sentido debe afirmarse positivamente, pues el Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad por el otro administrador mancomunado de **ratificar** con carácter **posterior** e, incluso, **tácitamente** el negocio (STS 793/2011, de 17 de noviembre y STS 1352/2007, de 28 de diciembre; también la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 270/2013, de 21 de noviembre, entre otras).

Con respecto a este **consentimiento presunto**, el TS señala (STS 3011/2019, de 1 de octubre): *“Esta sala ha declarado que el conocimiento no equivale a consentimiento, así como que debe distinguirse el silencio con efectos de consentimiento del consentimiento tácito. Consentimiento tácito es el que deriva de actos concluyentes que, sin consistir en una expresa manifestación de voluntad, permiten reconocerla indubitadamente; (...) es imprescindible que la tácita se derive de actos inequívocos que la revelen sin que quepa atribuirle otro significado, cuya valoración corresponde al arbitrio de los Tribunales según las circunstancias que concurran en cada caso”*.

Esta posibilidad de ratificación tácita se ve también respaldada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su Resolución de 27 de julio de 2015, que declara lo siguiente: *“la elevación a instrumento público de acuerdos de una sociedad, en tanto en cuanto comporta una manifestación de voluntad relativa a un negocio o acto preexistente que se enmarca en el ámbito de actuación externa de aquélla, compete «prima facie» al órgano de representación social, que podrá actuar directamente o mediante apoderado con poder suficiente”*. Ello quiere decir que, no solo se reconoce la ratificación tácita, sino también la formalización de los acuerdos suscritos por uno de los administradores mancomunados en escritura pública.

Así pues, podría afirmarse aquí que los acuerdos firmados por Greed Group y Sigaar (firmados únicamente por uno de los administradores mancomunados de esta última) son válidos, pues tiene lugar una ratificación tácita.

Ello se debe a que, no solamente, el Sr. Glauser Roist hubo de tener conocimiento de la operación de adquisición de acciones de la nueva sociedad Newco, pues hubo de haberse aprobado por el órgano de administración del que es integrante, sino que, además, se le nombra administrador único de Newco con posterioridad a la destitución del Sr. Bud Fox, de manera que se entiende tal comportamiento como una aceptación indubitada de la existencia y constitución de la Newco y, en consecuencia, de los acuerdos o contratos que fueron firmados únicamente por el Sr. Bud Fox como uno de los administradores mancomunados de Sigaar.

En sumar, todo ello conduce a considerar que el acuerdo de intenciones suscrito entre Greed Group y Sigaar, así como el contrato en que se formaliza finalmente la operación de creación de una nueva sociedad, son absolutamente válidos, a pesar de que, inicialmente, no fueran firmados por sendos administradores mancomunados de Sigaar.

4. Valoración de la *Joint Venture*

Una *Joint Venture* o sociedad conjunta es un contrato atípico (por no verse regulado en la Ley¹⁴) por el que, en el presente caso, dos sociedades constituyen una filial común, participada por las sociedades fundadoras (Sigaar y Greed Group aquí), que conservan su independencia jurídica y económica propia (CABA TENA¹⁵), con la finalidad de poner en común sus recursos durante un periodo de tiempo determinado para colaborar en el desarrollo de una actividad, mediante la cual pueden obtener beneficios mutuos. En el presente caso, el objetivo es obtener financiación para la filial Habanera.

Si bien no es exigible la constitución de una sociedad dotada de personalidad jurídica, en el presente supuesto sí se crea una nueva sociedad (Newco) jurídicamente distinta a ellas, que asumirá, por tanto, el riesgo del negocio de Habanera pues la Newco será propietaria del cien por cien de las acciones de esta sociedad.

De esta manera, la *Joint Venture* quedará compuesta por una sociedad participada al 75% por Sigaar y, al 25% por Greed Group, ostentando la Newco, a su vez, el cien por ciento de las acciones de la sociedad Habanera.

¹⁴ HOEDL, C.; RUIZ-CÁMARA, J.; BOLIVAR, M., “Spain”, en *Joint Ventures*, Londres, 2019, págs. 74-78.

¹⁵CABA TENA, A., “Génesis del fenómeno grupal. Distinción de tipologías afinas”, en *El concepto de grupo de sociedades*, Valencia, 2019, versión online.

En cuanto a la aplicación de los resultados que obtenga la Newco, no se contempla dicha información en el supuesto de hecho, pero todo llevaría a pensar que se atribuiría en función de los porcentajes de participación de cada una de las sociedades en la Newco.

Respecto a la duración de la Joint Venture, no se tiene constancia que se haya pactado una duración determinada y, si bien habría que acudir al acuerdo suscrito por las partes, en el caso en que este no contemplara un plazo de vigencia de actividad de la Newco, se debería entender que la nueva sociedad se ha creado con duración indefinida, pudiendo procederse a su liquidación y disolución conforme a las cláusulas pactadas en los estatutos.

Las razones de la creación de una nueva sociedad -con personalidad jurídica propia- en lugar de operar la entrada de Sigaar directamente en el capital de Sigaar se debe al interés de Sigaar de garantizar su independencia con respecto al Grupo Greed, así como un mayor nivel de autonomía y una actuación más directa en el mercado. Ahora bien, tanto Greed Group como Sigaar se unen bajo una misma dirección y normas para llevar a cabo una actividad concreta en la industria tabacalera.

Así pues, las ventajas serán la compartición de riesgos, costes, competencia más eficiente, apertura de nuevos mercados, aumento de poder económico y acceso a nuevos recursos, entre otras. En cambio, las principales desventajas son los riesgos de conflictos de interés, dependencia en la toma de decisiones y una deficiente comunicación entre los socios.

Con respecto a las **contribuciones de las sociedades**, no tenemos conocimiento de la aportación de activos diferentes al capital que formará parte del capital social de Newco.

Por otro lado, en el presente supuesto, siguiendo con la **clasificación**¹⁶, se trata de una *joint venture* asimétrica, pues las participaciones de los socios no son equilibradas, ostentando aquí Sigaar el 75% del capital de la Newco y, Greed Group, el 25%. Por tanto, se trata de una alianza dominada, puesto que Sigaar ostenta la mayoría de las participaciones en el capital de la Newco.

Además, ha de indicarse que se trata de una joint venture horizontal pues tiene lugar en el marco de dos empresas conjuntas horizontales, pues ambas, esto es, Sigaar y Greed Group, compiten en el mismo sector: la industria del tabaco.

¹⁶ ECHARRI ARDANAZ, A.; PENDÁS AGUIRRE, A.; DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., “Concepto de la joint venture”, en *Joint Venture*, Madrid, 2002, págs. 14-19.

En cuanto a la “nacionalidad” de la joint venture, se trata en este caso de una joint venture internacional pues uno de los *venturers* es extranjero¹⁷: Sigaar, sociedad de origen holandés.

Respecto a la **administración de la sociedad**, debe señalarse que el órgano de administración de Newco se ve compuesto por un administrador único -Sr. Bud Fox-. No obstante, la gestión diaria de la nueva sociedad se encomienda a Sr. Gekko.

La sentencia del Tribunal Supremo 421/2015, de 22 de julio, determina “*la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad*”. Este criterio se ve ratificado en la sentencia del Tribunal Supremo 224/2016, de 8 de abril.

De acuerdo con el Alto Tribunal, si concurrieran estos presupuestos en la figura del Sr. Gekko en la gestión de Newco, esto es, realización de la gestión de forma sistemática, continuada e independiente, de modo que el Sr. Gekko adoptara decisiones de manera autónoma, sin contar con el consentimiento del administrador legal Sr. Bud Fox, podría considerarse al Sr. Gekko como administrador de hecho.

Por último, desde el punto de vista del **Derecho de la competencia**, habría de analizarse si no afecta a la libre competencia o si, por el contrario, se encuentra limitada por el control de concentraciones.

En este sentido, la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, en su art. 7. 1. c) prevé la posibilidad de que la concentración tenga consecuencia de la creación de una nueva empresa en participación (*full function joint venture*).

¹⁷ GARCÍA LÓPEZ, G. A., “Joint Venture. Generalidades y clasificación”, en *Derecho económico y comercio exterior*, Monterrey, 2015, págs. 495-498.

No obstante, para realizar un análisis de la posible afectación al Derecho de competencia, habría que tener acceso a las cuotas de participación de las entidades Greed Group y Sigaar en el mercado del tabaco.

5. Valor del acuerdo de intenciones y las declaraciones y garantías de los contratos

Los acuerdos o cartas de intenciones (*Letter of Intent* en Derecho anglosajón) son contratos atípicos y complejos empleados en la fase preliminar de una negociación para recoger los recíprocos derechos y deberes de las partes, como afirma DÍEZ-PICAZO¹⁸. Se trata, pues, de contratos atípicos, ya que no han sido regulados en la Ley y que plasman declaraciones de voluntad de las partes.

En los acuerdos de intenciones, con carácter general, se incluye el objeto de la negociación, los plazos y la forma, entre otros aspectos que las partes puedan pactar. CARRASCO PERERA¹⁹ afirma que la finalidad y contenido de los acuerdos de intenciones es el siguiente: (i) declarar la intención o compromiso de comenzar o continuar negociaciones que acaben con un acuerdo definitivo; (ii) con carácter habitual establecen los pactos que se hubieran alcanzado hasta el momento de su firma; (iii) regulan aspectos sobre los que se deberá suscribir contrato y cifra aproximativa de la operación; y, (iv) imponen reglas obligatorias temporales que ordenan negociación futura.

En el presente acuerdo de intenciones se describieron los términos esenciales de la operación, la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías de veinticuatro meses, así como la estructura de la operación.

El Tribunal Supremo no identifica las cartas de intenciones como precontrato que marca el punto de origen de la eficacia obligacional de lo suscrito por las partes, como se aprecia en su sentencia 3715/1998, de 3 de junio.

En efecto, el Tribunal los ha definido de la siguiente manera “*un acuerdo de futuro que no llega, por falta de configuración definitiva, al precontrato unilateral que es la opción*”

¹⁸ DÍEZ PICAZO, L., “La existencia del contrato”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 39, 2009, págs. 177-194.

¹⁹ CARRASCO PERERA, Á., “Las cartas de intenciones y el proceso contractual”, en *Adquisiciones de empresas*, Cizur Menor, 2019, versión online.

y constituye jurídicamente unos tratos preliminares que no vinculan en su eficacia contractual” (STS 2434/2000, de 11 de abril). Esta misma resolución insiste en su definición como “un acuerdo para una futura transmisión, que no han perfilado con el detalle mínimo que sería preciso para ser considerado algo más, jurídicamente que tratos preliminares, puesto que el objeto no está perfectamente determinado”.

No obstante, algunas declaraciones de los acuerdos de intenciones pueden suponer verdaderos compromisos con efectos vinculantes, es decir, la carta puede tener efectos divisibles. Esto se debe a que no existen prohibiciones de contenido en las disposiciones o cláusulas de una carta de intenciones. Así pues, la carta puede incluir declaraciones *binding* o preceptivas, sin posibilidad de discusión ulterior.

En consecuencia, en relación a las declaraciones no vinculantes, la aceptación a través de su suscripción no las convierte en compromisos contractuales.

En relación a la actuación llevada a cabo por la sociedad de Greed Group consistente en la modificación del período de duración de las garantías que se recogía en el acuerdo de intenciones de 24 meses a los 12 meses que se adoptó, finalmente, en el contrato y, con el fin de determinar la posibilidad de que Sigaar interponga demanda contra nuestro cliente por este cambio en la vigencia de las declaraciones y garantías que ofreció Greed Group sobre los estados contables y financieros de Habanera, existirían dos vías de defensa: en primer lugar, defender la posible indeterminación de las declaraciones y garantías de la carta; y, en segundo lugar, alegar la doctrina de actos propios, que será analizada en el siguiente apartado del presente informe.

Así pues, en primer lugar, se debería tener acceso al contenido de la carta de intenciones suscrita entre las partes, con el fin de determinar si las declaraciones y garantías se encontraban sujetas a una cláusula *non binding* o si, por el contrario, tenían carácter vinculante, así como para determinar si se encontraban descritas de manera suficiente.

De esta manera, en el supuesto de que se recogiera este contenido como no vinculante, no podría Sigaar exigir el cumplimiento de aquella declaración. DOMÉNECH GARRET²⁰ afirma, siguiendo esta línea, que las partes no pueden exigir el cumplimiento de las estipulaciones que no son vinculantes.

²⁰ DOMÉNECH GARRET, C., “La vinculación de las cartas de intenciones”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 51, 2014, págs. 32-38.

En cuanto a la vinculatoriedad, determinadas declaraciones de la carta de intenciones pueden ser vinculantes por voluntad de las partes, recogándose así de manera expresa en el acuerdo o de manera tácita, como consecuencia de la aplicación de las reglas de la interpretación negocial. En este sentido reza la sentencia del Tribunal Supremo 3715/1998, de 3 de junio, donde el Tribunal afirma que, si bien no se puede exigir el cumplimiento del contrato final pues no existe, las partes son libres de llegar a acuerdos vinculantes para ellas.

En el supuesto de, tras un estudio de la carta de intenciones, se determinase que la declaración de garantías por Greed Group es vinculante, podría existir una forma de neutralizar este carácter siempre y cuando las condiciones y garantías fueran indeterminadas.

En caso de se encuentren correctamente determinadas en la carta, la última vía de defensa sería a través de la alegación de la doctrina de actos propios, en vistas a defender que la actuación de Sigaar en relación a la modificación del plazo es contrario a la misma. Esto se debe a que, si bien las partes establecieron un periodo de vigencia de las garantías de 24 meses y Greed Group en el contrato ofreció las mismas con una duración de 12 meses, las partes alcanzaron suscribieron un contrato el 20 de diciembre de 2019, en el que formalizaban las actuaciones de negociación que habían tenido lugar con anterioridad, aceptando Sigaar el nuevo plazo de vigencia que proponía Greed Group.

No obstante, este análisis tiene su objeto de estudio en el siguiente apartado del presente informe.

6. Doctrina de los actos propios

La teoría de los actos propios es aquella teoría desarrollada por doctrina y jurisprudencia, que considera a los actos propios como “*expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros*” (STS 6874/1997, de 22 de enero). En otras palabras, un acto propio es una expresión de consentimiento o de declaración de voluntad.

Se trata de una teoría que carece de norma específica en el Código Civil, pero en la que doctrina y jurisprudencia coinciden como una manifestación del principio de buena fe

que, como límite al ejercicio de derechos subjetivos, impone el art. 7 CC (STS 944/2012, de 15 de febrero).

La finalidad de esta teoría consiste, como señala DÍEZ-PICAZO²¹, en que las partes que hayan realizado el negocio jurídico queden obligadas a aquello que han convenido, aceptado o dispuesto, no pudiendo, en consecuencia, ejercitar derechos de una distinta a la que el negocio tiene prevista y ordenada.

Es numerosa la jurisprudencia que desarrolla este concepto, aclamando el TS en su sentencia de 25 de octubre de 2000 (núm. recurso 3606/1998) que el origen de esta teoría se halla en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce.

Para su aplicación, asevera la STS 77/1999, de 30 de enero, *“para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del **deber de coherencia** en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser **inequívocos**, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual (Sentencias de 10-6 y 17-12-1994, 30-10-1995 y 24-6-1996)”*.

En esta línea se pronuncia también el Tribunal en su sentencia de 21 de junio de 2011, afirmando *“la doctrina de los actos propios, con fundamento en la protección de la confianza y la regla de la buena fe, se formula en el sentido de que quien crea en una persona una **confianza** en una determinada situación aparente y la **induce** por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real” (SSTS 12-3-08 y 21-4-06), exigiéndose que tales actos sean expresión inequívoca del consentimiento (SSTS 7-6-10, 20-10-05 y 22-1-97) o que resulten **inequívocos**, no procediendo su alegación cuando los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8-5-06 y 21-1-95), de modo que debe constatarse la **incompatibilidad** o contradicción entre la conducta precedente y la actual (SSTS 25-3-07 y 30-1-99) y no ha de existir ningún margen de error por haber actuado el sujeto con plena conciencia para producir o modificar un derecho (SSTS 12-7-97 y 27-1-96)”*.

²¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Delimitación”, en *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cizur Menor, 2014, versión online.

Así pues, tras el análisis del desarrollo jurisprudencial plasmado en los párrafos anteriores, puede señalarse que una posterior demanda de Sigaar contra Greed Group en relación a la modificación de la vigencia de las garantías del acuerdo de intenciones con respecto al contrato final, iría en contra de la doctrina de los actos propios.

Ello se debe a que, tras haber aceptado las condiciones del contrato y suscribir el mismo el 20 de diciembre de 2019, donde se regulaba que la garantía que aportaba Greed Group era de doce meses, no podría demandar a la sociedad española pues, Sigaar, tras haber procedido a la firma del contrato en que se reducía la vigencia de las garantías, creó en Greed Group una confianza inequívoca de que estaba de acuerdo y aceptaba la disminución temporal de estas garantías.

De esta manera, la interposición de una demanda por no haber mantenido el plazo del acuerdo de intención, supondría una contradicción de la entidad holandesa entre su conducta pasada y la presente, es decir, entre sus propios actos, viéndose dicho comportamiento como inadmisibles por doctrina y jurisprudencia.

Además, el TS elabora un listado con los presupuestos necesarios para considerar un comportamiento como contrario a los actos propios y, por tanto, no válido. Ello lo hace, entre otras, en la sentencia 187/2015, de 7 de abril, de la siguiente manera: *“la jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios , cuya base legal se encuentra en el artículo 7 CC, con carácter general, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. Pero como presupuesto esencial para su aplicación, resulta imprescindible que el acto sea susceptible de ser confirmado la jurisprudencia de esta Sala establece que sólo son susceptibles de ser confirmados los contratos que reúnan los requisitos del artículo 1261, a saber, los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa”*.

Por tanto, se exige, además, la concurrencia de estos presupuestos para poder entender la conducta de Sigaar como contrario a los actos propios. En este sentido, debe afirmarse: (i) el acto que pretendería combatir Sigaar fue adoptado libremente (modificación del plazo de vigencia); (ii) existiría un nexo causal entre el acto realizado y el posterior (se

suscribe y firma un contacto para después impugnarlo); y, (iii) el acto es concluyente e indubitado, creando nuevas obligaciones y contratos tras la firma y consentimiento al nuevo contrato con Greed Group y extinguiendo, en consecuencia, las obligaciones anteriores surgidas del acuerdo de intenciones.

En este sentido señala DÍEZ-PICAZO²² “*una pretensión es inadmisibile y no puede prosperar cuando se ejercita en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica*”.

En resumen, la formulación de demanda por Sigaar en contra del cambio establecido en el contrato final respecto del acuerdo de intenciones sería contrario a la doctrina de actos propios. Por ello, dicha pretensión contradictoria sería inadmitida, conllevando a una desestimación de la demanda. Además, la conducta podría ser objeto de una indemnización por daños y perjuicios de cumplirse los requisitos exigidos por la Ley.

²² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Inadmisibilidad de la pretensión contradictoria”, en *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cizur Menor, 2014, versión online.

ESCRITO DE DEMANDA

El presente documento constituye un borrador a la posible interposición de demanda de impugnación de acuerdo social contra la sociedad Newco. Así pues, una vez aportados por el cliente los necesarios datos que faltan aquí (señalados como “XXX”) para su correcta interposición, se completaría el documento con los mismos.

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA

Don Mateo Poli Poli, Procurador de los Tribunales, y de la sociedad Greed Group, con N.I.F. núm. XXX, y domicilio social en Calle del Muro, núm. 14, 28015 Madrid, poder que se otorgará apud acta en el momento procesal oportuno, que se verificará ante este Juzgado al amparo del art. 213 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ante este Juzgado comparezco y, como mejor en Derecho proceda,

DIGO

Que, por medio del presente escrito, y bajo la dirección de la letrada de Barcelona Dña. Ainhoa Moreno Hueros, núm. de colegiado 56789123, vengo a interponer DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO DE IMPGUNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL contra la mercantil NEWCO, con N.I.F. XXX y domicilio social en Avenida de la Diagonal, núm. 12, 08019 Barcelona, en impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General Extraordinaria de dicha entidad celebrada con fecha de 27 de abril de 2020, y ello sobre la base de los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- *Greed Group como accionista de la entidad demandada.*

La sociedad demandada NEWCO está constituida por dos socios. Por un lado, el socio minoritario y parte demandante en el presente procedimiento, Greed Group, S.A., es propietario de XXX de participaciones que representan el 25% del capital social. Por otro lado, el socio mayoritario, Sigaar, B.V., es titular de XXX participaciones representativas del 75% del capital social.

El capital social de la mercantil demandada asciende a XXX euros, y su objeto social está constituido por la importación de cigarros habanos desde Cuba.

Adjunto, como documento núm. 1, los títulos justificativos de la propiedad de Greed Group sobre las acciones de la entidad demandada.

Adjunto, como documento núm. 2, certificado expedido por el Registro Mercantil de Barcelona, lugar donde la demandada tiene su domicilio social, acreditativo – entre otros extremos – de que el capital social de la demandada se divide en XXX acciones de una única clase y serie, de valor nominal de XXX euros cada una.

SEGUNDO.- *De la administración de la sociedad demandada.*

El administrador único de Newco es D. Glauser Roist, a su vez, administrador mancomunado del socio mayoritario.

D. Glauser Roist fue nombrado administrador único de la mercantil demandada por acuerdo de Junta General Extraordinaria celebrada el día 27 de abril de 2020, como se acredita en el documento núm. 3.

TERCERO.- *De la reunión con fecha de 10 de marzo de 2020 y la tensión en el seno de la sociedad.*

El 10 de marzo de 2020, mi mandante y el Sr. Bud Fox, como representante de Sigaar, B.V., se reunieron en Miami Beach.

En ella, el Sr. Bud Fox, administrador único de Newco hasta el día 27 de abril de 2020 y administrador mancomunado de Sigaar, B.V., solicitó el ajuste del precio pagado correspondiente al EBITDA, aludiendo a, su juicio, a inexactitudes contables.

Tras la negativa de mi mandante, como representante de Greed Group, S.A., tuvo lugar un intercambio de correos electrónicos (adjuntados como documento núm. 4) que acreditan las discrepancias entre ambos accionistas en el seno de la sociedad Neco.

CUARTO.- *De la celebración de la Junta General Extraordinaria y de la adopción del acuerdo impugnado.*

Tras el transcurso de un mes desde el inicio de las desavenencias entre los socios y, con fecha de 27 de abril de 2020, tuvo lugar la celebración de la Junta General Extraordinaria de Accionistas, válidamente convocada y constituida conforme a los artículos 166 y ss., y los artículos 191 y ss. 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 (“LSC” en adelante).

El primer acuerdo aprobado supuso la destitución del administrador único que venía ejerciendo hasta la fecha, por el Sr. Glauser Roist, segundo de los administradores mancomunados del socio mayoritario de la sociedad Newco, esto es, de Sigaar, B.V.

El segundo acuerdo que se vio aprobado en la Junta General Extraordinaria de fecha de 27 de abril de 2020 fue el aumento de capital social por compensación de crédito de Sigaar, B.V.

El resultado de la votación arrojó los siguientes votos: Sigaar, B.V. vota a favor del aumento; mientras que Greed Group, S.A. votó en contra, oponiéndose al acuerdo, como se acredita en el documento núm. 5.

QUINTO.- *Resultado arrojado por la adopción del acuerdo impugnado.*

La consecuencia directa de la adopción del acuerdo impugnado es la variación en la participación de cada socio en el seno de la sociedad. En otras palabras, las cuotas de participación de los socios en Newco se ven, en gran medida, alteradas.

Así, Sigaar, B.V. pasa de representar el setenta y cinco (75) por ciento del capital social, a ostentar la titularidad del noventa y cinco (95) por ciento. En cambio, respecto a Greed Group, S.A., la cuota se ve reducida del veinticinco (25) por ciento al cinco (5) por ciento del total del capital de la sociedad.

SEXTO.- *De la destitución del representante del socio minoritario de sus funciones de gestión en la sociedad.*

En el mes de mayo de 2020, el socio mayoritario despoja al Sr. Gekko de toda función relativa al desempeño de la actividad de la sociedad, quedando, por tanto, la misma, a expensas de la voluntad absoluta del socio mayoritario que, no solo ocupa el puesto de administrador único, sino que, además, ostenta ya el noventa y cinco por ciento del capital social.

SÉPTIMO.- *Del carácter abusivo y, en consecuencia, lesivo del acuerdo impugnado. Consecuente anulabilidad del mismo.*

El acuerdo impugnado en el presente escrito fue adoptado por el ejercicio de abuso del socio mayoritario, quien, disfrutando de la cuota de representación que ostentaba

en Newco, logró aprobar el acuerdo de aumento, a pesar del rechazo del socio minoritario.

El carácter abusivo del mismo viene originado por la ausencia de justificación para la adopción del mismo, quedando basado únicamente en una decisión arbitraria del socio demandado como efecto de las disputas entre sendos accionistas.

OCTAVO.- *De la realidad fáctica subyacente.*

La ausencia de motivación que justifique la adopción de un aumento de capital por compensación del crédito que ostentaba el ya socio mayoritario, junto con la prueba que acredita la existencia de diferencias entre los socios y el despojo de Greed Group de toda tarea inherente al desarrollo o evolución de la sociedad Newco, conlleva, irremediablemente, a una finalidad subyacente del acuerdo, esto es, la obtención de la dilución del porcentaje de participación del socio minoritario en la sociedad con el fin de lograr el control absoluto de la sociedad.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DE FORMA

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción civil, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9. 2, 21 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ” en adelante) y el art. 36 LEC, y en cuanto a la competencia del Juzgado al que me dirijo, es la correspondiente de conformidad con el art. 86 ter. 2 a) LOPJ y al art. 52. 1. 10º LEC.

II. PROCEDIMIENTO

Respecto al procedimiento a seguir, corresponde al Juicio Ordinario de acuerdo con el apartado 3º del art. 249. 1 LEC.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

La legitimación *ad causam* corresponde a mi poderdante activamente, y a la parte demandada pasivamente, por aplicación de lo dispuesto en el art. 10 LEC, en relación con el art. 206 del Real Decreto 1/2010, por cuya virtud se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), que disciplina la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales.

IV. CAPACIDAD PARA SER PARTE

Las partes tienen capacidad para ser parte y capacidad procesal conforme a lo dispuesto en el artículo 6. 1. 1º y 3º, y en el artículo 7. 1 y 4 de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC” en adelante), quedando así legitimadas para entablar la presente relación jurídico-procesal.

V. REPRESENTACIÓN Y POSTULACIÓN

La representación de la parte actora y la postulación a a presente demanda procede conforme al art. 23 s. LEC.

VI. PLAZO

Se interpone la presente demanda antes del transcurso del plazo previsto en el art. 204. 1 de la Ley de Sociedades de Capital.

DE FONDO

VII. Acuerdo de aumento de capital adoptado por abuso de la mayoría

El derecho de las sociedades de capital a aumentar su capital social se regula en el art. 295 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, las operaciones de aumento de capital se encuentran sometidas a determinados requisitos que ha establecido doctrina y jurisprudencia, con el fin de otorgar a los accionistas y acreedores de medios de protección frente a posibles abusos llevados a cabo por la mayoría social.

Así, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha reconocido, en su Resolución 4585/2015 de 2 de octubre, que *“esta Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una*

maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social”.

Por su parte, el artículo 204. 1 de la Ley de Sociedades de Capital permite la impugnación de los siguientes acuerdos, disponiendo así *“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La **lesión del interés social** se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone **de manera abusiva** por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una **necesidad razonable de la sociedad**, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.*

Es decir, la Ley de Sociedades de capital afirma que aquellos acuerdos sociales que se hayan sido aprobado como consecuencia de un abuso de la mayoría, serán considerados como lesivos del interés social y, por tanto, impugnables.

En este sentido, los acuerdos sociales serán impuestos de manera abusiva cuando se cumplan los tres presupuestos que exige la Ley: (i) no respondan a una necesidad razonable; (ii) sean adoptados por la mayoría en interés propio; y (iii) provoquen un detrimento injustificado de los demás socios.

1. Ausencia de respuesta a una necesidad razonable

La sociedad demandada Newco fue constituida a fecha de 20 de diciembre de 2019, esto es, apenas cuatro meses antes de la adopción del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos.

No consta que la situación económico-financiera de la demandada se hubiera visto alterada, de manera que pudiera entenderse necesaria la capitalización del crédito. Si bien es cierto que los Tribunales admiten acuerdos de aumento de capital de estas características cuando no existe ninguna otra opción viable al margen de la disolución de la sociedad, como en el supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 191/2017, de 25 de mayo, aquí no concurre circunstancia alguna que hubiera determinado la necesidad inexorable de la adopción del acuerdo de aumento por compensación de créditos de Sigaar.

Además, no se entiende este aumento de capital, no solamente por el corto periodo de vida de la sociedad, sino también porque ni siquiera había transcurrido el periodo del ejercicio social para conocer el resultado positivo o negativo de la misma, de manera que se hubiera podido determinar un periodo económico complicado para la sociedad. Efectivamente, concurre aquí una carencia de justa causa objetiva que justifique el aumento de capital acordado.

2. Adopción del acuerdo por la mayoría en interés propio

Es evidente que el acuerdo fue adoptado por la mayoría, pues, como se acredita en el documento núm. 5 únicamente el Sigaar votó a favor, siendo suficiente su voto para la adopción del acuerdo, pues ostentaba, como se justifica en el documento núm. 6, que el setenta y cinco por ciento del capital social de la demanda. Ello se ve resaltado aún más por la oposición expresa del socio minoritario Greed Group a dicha aprobación.

A su vez, es indudable que la adopción del acuerdo tuvo lugar en interés propio del socio mayoritario ya que, tras la aprobación del mismo, dicho socio pasaba a representar el noventa y cinco por ciento del capital de Newco, produciéndose, como consecuencia de esta actuación, una dilución de la participación social, funcional y patrimonial del accionista minoritario en la sociedad.

3. Adopción en detrimento del socio minoritario

El acuerdo de aumento se aprobó a pesar de no haberse planteado propuestas diferentes que permitieran al socio minoritario suscribir un aumento dinerario o convertir deuda. Lo que es más, tampoco se observaron diferentes métodos de producir el aumento del capital social sin la compensación del crédito del socio mayoritario.

Si los fines perseguidos por la sociedad con el aumento fueran lícitos y beneficiosos para los intereses sociales, podría haberse buscado otro medio por medio del cual lograr el aumento sin provocar la dilución del socio minoritario y protegiéndole al mismo en su posición.

En definitiva, no existe aquí beneficio social sino beneficio para el socio mayoritario que, sin con carácter previo a la operación de aumento, ya disponía de la mayor parte de las acciones de la sociedad, ahora, tras la misma, deja al socio minoritario indefenso.

Además, cabe insistir aquí en que el medio empleado para operar el aumento es la compensación de créditos: un método que no contempla el derecho de preferencia de los socios.

A la luz de los razonamientos expuestos, resulta, pues, claro que el objeto del aumento de capital era la dilución de la cuota de participación del socio minoritario en la sociedad, pues, como resultado del aumento, este dejaría de representar el veinticinco por ciento para ser únicamente titular del cinco por ciento de las acciones de Newco.

Todo ello conduce inexorablemente a la idea de que la operación no se vio justificada en ningún momento por la situación económico-financiera de la sociedad, sino que tiene como consecuencia una situación de tensión en el seno de la sociedad, como se acredita con el documento núm. 4 tras la aparición de discrepancias entre las dos sociedades accionistas de Newco.

En este sentido, cabe insistir en el momento temporal en que se aprueba la operación de aumento tuvo lugar. La misma se realiza el día 27 de abril, esto es, con posterioridad a un intercambio de correos en los que se muestran las diferencias entre ambos accionistas y que habían sido tenido lugar tras la reunión del día 10 de marzo de 2019.

Por último, debe hacerse referencia a la sentencia 370/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de noviembre, en la que ya estimó la impugnación de un acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos de un socio que diluía en gran medida la participación del socio minoritario. Ello se debió a la acreditación de la existencia de tensiones entre los socios con carácter previo a la junta general.

En este sentido, la citada sentencia dispone “*aunque pudieran ser legítimos (los créditos compensables), habían sido contraídos en momento bastante reciente (en concreto de marzo de 2009), lo que en un contexto de enfrentamiento entre los socios podría resultar sospechoso, dada la queja de los actores de que a ellos ni se les informó con suficiente antelación de ese hecho ni se les brindó la misma oportunidad de conceder préstamos a la sociedad, pese al interés que en tiempo pretérito habían*

mostrado en ello, lo que les dejó de modo sorpresivo fuera de la posibilidad de participar en la ampliación por esa vía”.

Y concluye señalando que “el acuerdo de ampliación de capital estuvo presidido por la finalidad de perjudicar a la minoría social discrepante [...], al producir la dilución de la participación social de los minoritarios, asegurándose de ello mediante la elección del mecanismo concreto (compensación de créditos otorgados por algunos de ellos) que privaría a aquéllos, en represalia por su conducta precedente, de cualquier posibilidad de poder participar en él, a diferencia del efecto que se siguió para los mayoritarios”.

En suma, resulta evidente la carencia de interés legítimo y serio del acuerdo de aumento, puesto que no hay constancia de cambio alguno en la situación financiera de Newco – influido también por su escasa vida social -, ni consta que se encontrare ante una necesidad de restructuración de la social, lo que, unido a los correos intercambiados entre la actora y el socio mayoritario, conlleva inevitablemente a entender que el objeto del acuerdo era eliminar políticamente al socio minoritario y hacerse con el control “pleno” de la sociedad.

Por tanto, se entiende el acuerdo como adoptado en abuso de la mayoría, lesivo para interés social y, en consecuencia, ilícito.

VIII. Medidas cautelares. Presupuestos para su adopción

Las medidas cautelares que se solicitan en virtud del presente escrito de demanda son las siguientes:

1. Suspensión cautelar del acuerdo social de aumento de capital impugnado, adoptado en la Junta General Extraordinaria celebrada a fecha de 27 de abril de 2019, conforme al artículo 727. 10º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se acredita, además, el cumplimiento del requisito de titularidad, al menos, del uno por ciento, por medio del documento núm. 6.
2. Anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil, conforme al artículo 727. 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De conformidad con el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es necesario acreditar los siguientes presupuestos

1. Periculum in mora

El supuesto que se plantea en el presente escrito de demanda presenta una situación en la que una sociedad se encuentra formada únicamente por dos socios, que son titulares del capital social con grandes diferencias en las cuotas de participación de cada uno. Así, mientras el socio minoritario ostenta el veinticinco por ciento del capital social, el socio mayoritario ostenta el setenta y cinco por ciento del capital social.

Ello conlleva a la posibilidad del mayoritario de adoptar una pluralidad de acuerdos posteriores de manera “unilateral” como consecuencia de su elevada cuota de representación, como se nos plantea en esta demanda de impugnación de acuerdo social; acuerdos que pueden ir en contra del interés social, como en el presente supuesto. Así, de no adoptarse medidas cautelares, el socio mayoritario, titular tras la ampliación de capital del noventa y cinco por ciento de las acciones, podría hacer y deshacer a su antojo en el seno de la sociedad, pudiendo provocar grandes perjuicios a la misma.

La justificación de una posible conducta similar en el período de pendencia del proceso se ve destacada por el hecho de la existencia de una situación de tensión y las discrepancias entre los socios, lo que, en el corto periodo de un mes desde que comenzaron, ya ha llevado al socio mayoritario a adoptar acuerdos en interés propios, abusando de su situación privilegiada.

Es por ello que se entiende que no solo los derechos del socio minoritario se ven en peligro, sino también los de la propia sociedad Newco, siendo, por tanto, indiscutible la necesidad de adoptar medidas cautelares que puedan poner el peligro una sentencia estimatoria de la presente demanda.

2. Fumus boni iuris

A la vista del análisis llevado a cabo en el presente escrito, resulta evidente el carácter abusivo de la aprobación del acuerdo de Newco por medio del cual se amplía el capital social por compensación de créditos del socio mayoritario.

Se trata de una situación en la que el socio, que ya era mayoritario antes de la adopción del acuerdo, abusa de la situación de privilegio en la que se haya para actuar

en beneficio propio, perjudicando los intereses del minoritario y de la propia sociedad.

Como resultado de esta actuación, se halla un acuerdo social que supone la disminución del porcentaje de participación del socio minoritario en un veinte por ciento. Ello tiene como consecuencia inmediata, salvo que se suspenda cautelarmente el acuerdo, que el Sigaar, ya titular del 95%, pueda adoptar todo tipo de acuerdos, sin tan siquiera tener en cuenta el posible voto en contra de Greed Group.

3. Prestación de fianza

La suspensión del acuerdo y la anotación preventiva de la demanda no van a provocar graves perjuicios a la demandada. Por ello, se solicita la adopción de medidas sin previa prestación de fianza. De considerarla necesario el Juzgado, esta parte se ofrece pagarla en la medida oportuna que fije el Juzgado.

IX. Costas

Las costas deberán ser impuestas al demandado de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y en su virtud,

AL JUZGADO SUPPLICO, que teniendo por presentado este escrito, sus documentos y copias, se sirva admitirlo, y tener por interpuesta demanda de juicio ordinario de impugnación de acuerdos sociales contra Newco, dando traslado de la misma a la demandada y dicte sentencia estimándola íntegramente y, así:

1. Declare nulo el acuerdo impugnado adoptado por la Junta General Extraordinaria celebrada el 27 de abril de 2020 por haber sido adoptado con lesión de los intereses sociales de la demandada y en beneficio de su accionista mayoritario;
2. Declare nulo todos los acuerdos sociales que posteriormente se hayan tomado o puedan ser tomados por la sociedad demandada y que traigan causa del referido acuerdo;
3. Ordenando la cancelación de la inscripción del acuerdo impugnado, y de aquellos otros asientos relativos a acuerdos posteriores al impugnado que sean

contradictorios con la sentencia que recaiga en este procedimiento, de conformidad con el artículo 208 de la Ley de Sociedades de Capital;

4. Imponiendo las costas causadas a la parte demandada.

OTROSÍ DIGO: interesa al derecho de esta parte poner de manifiesto su voluntad de proponer la prueba que corresponda en el momento procesal oportuno, para lo cual designa, entre otros, y a resultas de las alegaciones de la demandada en su contestación, las siguientes pruebas:

a. Interrogatorio del Sr Bud Box.

b. Documental:

- El acuerdo de aumento impugnado, adoptado con fecha de 27 de abril de 2020.
- La certificación del acta de la junta general celebrada a fecha de 27 de abril de 2020.
- Los correos electrónicos intercambiados entre el Sr Bud Fox y el Sr Gekko.

c. Pericial de los correos electrónicos propuestos como prueba.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que se manifiesta la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley, con el fin de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de esta parte, conforme al art. 231 LEC.

TERCERO OTROSÍ DIGO: Que, al amparo del art. 726 LEC, vengo a solicitar las siguientes medidas cautelares de acuerdo al fundamento material XXX del presente escrito de demanda:

a. La anotación preventiva de la demanda formulada por mi principal contra la demandada en el Registro Mercantil, a cuyos efectos se deberá dirigir mandamiento al Sr. Registrador Mercantil de Barcelona para que proceda a la anotación interesada en el Tomo XXX, Sección XXX, hoja XXX;

b. La suspensión cautelar del acuerdo impugnado.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Que siendo el poder que acompaño general para pleitos, intereso acuerde su desglose y devolución previa constancia en autos.

SUPlico AL JUZGADO DE NUEVO: Tenga por efectuadas las manifestaciones realizadas en los OTROSÍES anteriores y provea conformidad con los mismos.

Es Justicia que pido en Barcelona, a 3 de enero de 2021.

Letrado: Ainhoa Moreno Hueros

Procurador: Mateo Poli Poli

INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN

I. Contestación a la impugnación

Este informe tiene por objeto el análisis previo y orientativo sobre la contestación a la demanda formulada contra la sociedad Newco.

La posible contestación a la demanda por parte de Newco podría fundamentarse en las siguientes cuestiones:

- **Adopción del acuerdo impugnado con la finalidad de mejorar la situación económico-financiera como consecuencia de la delicada situación en la que se halla la industria tabaquera.**

Sería, con casi absoluta certeza, el argumento principal de Newco para hacer frente a la demanda de impugnación. Tratarían de probar que el acuerdo se adoptó como consecuencia de una delicada situación económico-financiera en la sociedad y, en general, del sector del tabaco del que forma parte la demandada.

En base a estas posibles alegaciones, justificarían que, por tanto, el acuerdo contaba con una causa razonable necesaria, de modo que la finalidad no era la exclusiva lesión del socio minoritario, sino que la posible lesión fue un efecto “inevitable”.

En consecuencia, tras defender que existía necesidad razonable, tratarían de justificar que el acuerdo no se adoptó en abuso de derecho sino en beneficio e interés propio de la sociedad.

- **Posible valoración de otras opciones menos lesivas para la minoría. Newco podría defender que se analizaron otras opciones que no fueran tan lesivas para la minoría.**

La sociedad demandada también trataría de defender que el aumento por compensación de créditos se aprobó, habiéndose estudiado previamente otras opciones y, resultando ser la menos gravosa para los socios.

III. Posible reconvencción

Por último, con respecto a la posibilidad de que la demandada Newco plantee reconvencción a la demanda planteada, ha de señalarse que la reconvencción, de acuerdo con el art. 406 de la LEC constituye una autentica demanda planteada por el demandado contra el actor, en un proceso, iniciado por este, mediante la cual se ejercita una acción totalmente independiente con el fin de que la misma sea resuelta con autoridad de cosa juzgada. Esta posibilidad se regula en el art. 406. 1 LEC.

Este mismo precepto dispone que “*sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal*”. Esto es, la Ley exige que la pretensión de la reconvencción derive de la misma relación jurídica que sustenta la principal. En caso contrario, el demandado habría de ejercitarla a través del procedimiento que corresponda.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 637/2008, de 29 de octubre, afirma “*no basta cualquier relación, no es suficiente cualquier conexión, sino que se requiere una **conexión objetiva**, la **pretensión** que se ejercite mediante la reconvencción ha de ser **conexa** con el objeto de la demanda principal, la reconvencción ha de guardar relación con los **mismos hechos**, con la **causa petendi** o **relación jurídica material** deducida por el actor en su demanda” y añade “*el art. 406 LEC permite "al demandado" reconvenir. Tal facultad no es absoluta, dado que se encuentra condicionada por razones de incompetencia objetiva o inadecuación de procedimiento (apartado 2 del citado precepto) y también por razones de conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal (apartado 1)*”.*

La Audiencia Provincial de Sevilla defiende también lo siguiente en su sentencia 568/2006, de 20 de diciembre: “*Establece el artículo 406.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que solo es admisible la reconvencción si existiere **conexión entre sus pretensiones** y las que sean objeto de la demanda principal, lo que a juicio de esta Sala exige que la reconvencción guarde **relación** con los **mismos hechos** que sustentan la demanda*”.

A la luz de la doctrina, se exige, por un lado, conexión entre el objeto y pretensiones de la demanda y la reconvencción y, por otro, la competencia del Tribunal que conoce de la acción principal para conocer también de la reconvencción.

En este sentido, ha de indicarse que aquí no se presenta la conexión que aclaman los Tribunales para que Newco pueda interponer reconvención. Ello se debe a que la demanda que Greed Group interpone tiene como fundamento el abuso en la adopción de un determinado acuerdo social, no pudiendo entenderse que Newco pueda interponer demanda frente a Greed Group en relación a los hechos acaecidos o la causa petendi.

BIBLIOGRAFÍA

- BOQUERA MATARREDONA, J., “Legitimación para impugnar acuerdos sociales” en *Derecho mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 2019, págs. 344-345.
- CABA TENA, A., “Génesis del fenómeno grupal. Distinción de tipologías afinas” en *El concepto de grupo de sociedades*, Valencia, 2019, versión online.
- CAMPIN VARGAS, A., “El acta de la Junta: un comentario al art. 202 LSC” en blog *Almacén de Derecho*, 2018.
- CAMPS LORENTE, O., "Una aplicación multidisciplinar del análisis de los flujos de información al aseguramiento, admisibilidad de impugnación de la prueba electrónica en el juicio civil", en *La Prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 385-407.
- CARRASCO PERERA, Á., “Las cartas de intenciones y el proceso contractual”, en *Adquisiciones de empresas*, Cizur Menor, 2019, versión online.
- DÍEZ PICAZO, L., “La existencia del contrato”, en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 39, 2009, págs. 177-194.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Delimitación”, en *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cizur Menor, 2014, versión online.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Inadmisibilidad de la pretensión contradictoria”, en *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cizur Menor, 2014, versión online.
- DOMÉNECH GARRET, C., “La vinculación de las cartas de intenciones”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 51, 2014, págs. 32-38.
- ECHARRI ARDANAZ, A.; PENDÁS AGUIRRE, A.; DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., “Concepto de la joint venture” en *Joint Venture*, Madrid, 2002, págs. 14-19.
- GARCÍA GIL, V. Y UGENA MUÑOZ, S., “La modificación de los estatutos sociales” en *Esquemas de Derecho de las Sociedades de Capital*, Tomo XLI, Valencia, 2018, págs. 407-417.
- GARCÍA LÓPEZ, G. A., “Joint Venture. Generalidades y clasificación”, en “Derecho económico y comercio exterior”, Monterrey, 2015, págs. 495-498.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los grupos de casos de acuerdos abusivos” en *El Derecho. Revista de Derecho mercantil*, núm. 76, Madrid, 2019.
- GARRIDO CARRILLO, F. J., “La prueba electrónica en los procesos civiles y penales” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 16-18/2017, 2017, versión online.

HOEDL, C. ; RUIZ-CÁMARA, J. ; BOLIVAR, M., “Spain” en *Joint Ventures*, Londres, 2019, págs. 74-78.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Artículo 210. Modos de organizar la administración” en *Tratado de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2017, versión online.

PAREDES GALEGO, C., “Operaciones societarias” en *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Valencia, 2018, págs. 527-561.

PAREDES GALLEGU, C., “Aumento de capital por compensación de créditos”, en *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Valencia, 2019, pág. 528.

PÉREZ RAMOS, C., “Artículo 233. Atribución del poder de representación” en *Tratado de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2017, versión online

RECALDE CASTELLS, A., “Conflicto de intereses” en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor, 2014, pág. 77.

VILLENA CORTÉS, F., “Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios” en *Tratado de conflictos societarios*, Valencia, 2019, versión online.