



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**Doble Máster Acceso a la Abogacía–Derecho de la
Empresa**

“Greed Group, S.A.”

Autor: Mercedes Olmedo González

Tutor: Miguel Martínez Muñoz

Madrid

11 de enero de 2021

ÍNDICE

1. Antecedentes.....	3
2. Informe para el asesoramiento legal sobre las distintas alternativas estratégicas para nuestro cliente, el señor Gekko, donde se valorarán los elementos fundamentales a tener en cuenta para iniciar acciones judiciales o neutralizarlas.....	5
2.1. Objeto del informe.	5
2.2. Cuestiones procesales.	5
i. Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas.	5
ii. Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa.	6
iii. Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo.	7
iv. Procedimiento que se debe seguir de conformidad con la LEC.	7
v. Proposición de pruebas y medios de prueba	8
2.3. Cuestiones materiales.	9
i. Responsabilidad de la firma de auditoría.	9
ii. Opresión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente.	10
iii. Doctrina de los actos propios.	10
iv. Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar.	11
2.4. Otras cuestiones.	12
i. Mancomunidad y solidaridad de los administradores. Acción social de responsabilidad contra el Señor Fox.	12
ii. Valoración de la <i>Joint Venture</i>	13
iii. Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos.	15
3. Escrito de demanda inicial.....	16
4. Segunda parte del informe: previsión de la contestación de la parte contraria y posible reconvencción.....	24
5. Bibliografía	26

1. Antecedentes

GREED GROUP, S.A. (en adelante, “**GREED GROUP**”), es una sociedad que tiene por objeto social la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, y está dirigida por un Consejo de Administración cuya presidencia ostenta el Señor Gordon Gekko (en adelante, “**Señor Gekko**”), de nacionalidad australiana. Además, es la sociedad matriz de un gran grupo empresarial con filiales en Estados Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, las Islas Caimán y España.

Desde el año 2018, ha tenido problemas financieros de liquidez, lo que finalmente le llevó a buscar inversores para las filiales de su grupo, en concreto, de una filial española dedicada a la importación de cigarrillos habanos directamente desde Cuba, Habanera S.A.U. (en adelante, “**Habanera**”). La propuesta más atractiva para acceder a las acciones de Habanera fue la de la sociedad holandesa Sigaar, BV (en adelante, “**Sigaar**”), cuyo objetivo principal era ampliar su red comercial a través de la adquisición de una participación mayoritaria de Habanera y así ampliar su red a otros mercados nuevos.

Para poder acceder al accionariado de Habanera, a principios de septiembre de 2019, el Señor Fox mantuvo una reunión con el Señor Gekko, en la que se propuso la constitución de una *Joint Venture* a través de la constitución de una nueva sociedad (en adelante, “**Newco**”), que fuese titular del 100% de las acciones de Habanera.

Seguidamente, para que Sigaar pudiese presentar su oferta económica para la adquisición de dichas acciones, GREED GROUP puso a su disposición una *Vendors Due Diligence* que reflejaba la situación legal de Habanera, y a su vez se entregó un informe financiero el que se analizaban los aspectos contables y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019, redactado por una firma de auditoría elegida por Sigaar, denominada Pufosa Asesores Financieros (en adelante, “**Pufosa**”).

Tras el análisis de esa documentación, Sigaar ofreció en pago de dichas acciones un importe equivalente a ocho veces el EBITDA de Habanera del ejercicio 2019, ascendiendo a un total de novecientos setenta y dos mil doscientos veintidós euros (972.222€). Para ejecutar dicha operación, el 15 de noviembre de 2019, las dos partes (Sigaar y GREED GROUP) firmaron un acuerdo de intenciones (*letter of intent*), en el cual se incluían y describían las operaciones además de la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses. También se realizó un informe de valoración de las aportaciones no dinerarias por parte de un experto independiente, que tuvo como resultado uno muy parecido al informe de Pufosa.

En fecha de 20 de diciembre de 2019, las dos partes firmaron y ejecutaron los contratos, elevándolos a público ante notario, los cuales contenían, entre otras, una cláusula de declaraciones y garantías por parte de GREED GROUP por un periodo de vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, y otra de sumisión expresa a los juzgados y tribunales de Valencia de los litigios derivados de dichos contratos.

Tras ello, NEWCO quedó configurada como sociedad anónima e inscrita el 3 de enero de 2020 en el Registro Mercantil de Barcelona, siendo el Señor Fox designado administrador único y delegando la gestión diaria de los asuntos en el Señor Gekko.

El 10 de marzo de 2020, hubo una reunión entre los representantes de GREED GROUP y Sigaar, y en la cual el Señor Fox manifestó que se descubrieron ciertas irregularidades contables que llevó a cabo Habanera para incrementar su EBITDA de 2019 para que así el precio de sus acciones aumentase, exigiendo un ajuste del precio de compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido, resultando en setecientos setenta y un cuatrocientos sesenta euros (771.460€). GREED GROUP negó este tipo de acusaciones cuestionando la validez de la información proporcionada por Sigaar en su informe interno.

Posteriormente, se mandaron una serie de correos electrónicos, en los que el Señor Fox seguía acusando al Señor Gekko, reiterándole este último que no iba a consentir dichas acusaciones puesto que no tenía ningún fundamento.

En último lugar, y como hecho que constituye el objeto de la presente demanda, se celebró el día 27 de abril de 2020 una Junta General Extraordinaria y Universal de NEWCO, en la cual se adoptaron dos acuerdos:

- Por un lado, la destitución del Señor Fox como administrador único de la sociedad sustituyéndole por el otro administrador mancomunado de Sigaar, el Señor Glauser Roist
- Por otra parte, se adoptó un acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito de Sigaar, pasando esta última a controlar NEWCO en un 95%.

Consecuentemente, a principios del mes de mayo, Sigaar decidió apartar al Sr. Gekko de todas sus funciones de gestión en NEWCO, por entender que no actuó de manera diligente a la hora de establecer un canal de distribución online de los productos de la empresa evitando el hundimiento de las ventas causadas por la crisis sanitaria del COVID-19. Además, Sigaar tiene la sospecha de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando clientela.

2. Informe para el asesoramiento legal sobre las distintas alternativas estratégicas para nuestro cliente, el señor Gekko, donde se valorarán los elementos fundamentales a tener en cuenta para iniciar acciones judiciales o neutralizarlas.

2.1. Objeto del informe.

Para comenzar, en esta primera parte del informe (en adelante, “**el Informe**”), MOG abogados, S.L.P., (en adelante, “**MOG**”) prestará un asesoramiento legal a su cliente, el Señor Gordon Gekko (en adelante, “**Señor Gekko**”), en nombre y representación de la mercantil GREED GROUP, S.A. (en adelante, “**GREED GROUP**”) a través del análisis de diferentes alternativas estratégicas en las cuales se valorarán los elementos fundamentales que deberán tenerse en cuenta a la hora de llevar a cabo acciones judiciales o bien neutralizarlas. En segundo lugar, se procederá a redactar un escrito de demanda inicial de acuerdo con la decisión estratégica seleccionada al respecto; y por último se ofrecerá al cliente una previsión sobre la posible contestación de la parte contraria, además de tendría o no cabida una posterior reconvencción.

2.2. Cuestiones procesales.

i. Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas.

En este apartado, debemos analizar en primer lugar quienes estarían legitimados para poder solicitar las medidas cautelares, las cuales sirven para asegurar la tutela judicial efectiva de una situación de hecho que podría verse perjudicada. Con carácter general, aparecen reguladas en los artículos 728 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “**LEC**”). Ostentaría dicha legitimidad para solicitarlas la propia sociedad GREED GROUP, que es la que va a ser parte actora en la demanda que se va a interponer contra NEWCO. Con respecto al momento de solicitarlas podrá ser en base al artículo 730 LEC en el mismo momento de la demanda, junto con la presentación de esta, o previamente si se acreditan razones de urgencia o necesidad. Nosotros recomendamos solicitar a nuestro cliente dichas medidas junto con la presentación de la demanda que más tarde detallaremos.

El artículo 728 LEC establece como requisitos necesarios para adoptar una medida cautelar los siguientes:

- *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de lo que pide el solicitante de las medidas, que se traducirá en la aportación de los documentos necesarios que aportará nuestro cliente y acreditará los indicios de que la adopción del acuerdo de 27 de abril de 2019 fue de manera abusiva y en contra del interés social de NEWCO.
- *Periculum in mora* o peligro por la mora procesal. Esto puede traducirse en el riesgo que podría derivarse de no adoptar las medidas solicitadas, dando lugar a situaciones que

podrían poner en peligro el poder conseguir la efectividad de una sentencia estimatoria. Se puede acreditar en nuestro caso ese riesgo a través de actuaciones por parte de Sigaar que eviten que GREED GROUP pueda aumentar su capital en la sociedad.

- Caución, que hace referencia a la fianza que prestarse para poder hacer frente a los daños y perjuicios derivados de la adopción de las medidas. Debe ser una caución bastante y suficiente según establece la propia LEC, y podrá llevarse a cabo a través de aval bancario o efectivo, y será establecida por el Tribunal competente.

Por último, cabe reseñar que el NEWCO podría oponerse a adoptar las medidas solicitadas en un plazo de 20 días a contar desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares si estas se hubiesen adoptado sin la audiencia previa del demandante, en base al artículo 739 LEC.

ii. Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa.

En primer lugar, entendemos que no habría que atender a la cláusula de sumisión expresa en nuestro caso puesto que:

- Dicha sumisión es con respecto los asuntos que emanen de los conflictos y litigios consecuencia de los contratos firmados en fecha 20 de diciembre de 2019. Por ello, no se trata de sucesos acaecidos con posterioridad, como es el caso de la junta General Extraordinaria y Universal de NEWCO de 27 de abril de 2020.
- NEWCO no formó parte de los contratos que se firmaron el 20 de diciembre de 2019, en los cuales se estableció dicha cláusula de sumisión expresa.

Por lo tanto, por un lado, serán los juzgados de lo Mercantil los que conocerán por razón de la materia dicho asunto, puesto que se trata de una cuestión que se promueve al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, en este caso, de la Ley de Sociedades de Capital, en base a lo establecido en el artículo 86.2 TER a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”). Puesto que se establece que: “*Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:*

a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.”

Además, en concreto, en base al artículo 52.1. 10º LEC, consideramos que es competente territorialmente para conocer de la impugnación de los acuerdos sociales el Juzgado del lugar del domicilio social de NEWCO, esto es, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

La jurisdicción competente en este caso sería la civil en base a lo establecido en los artículos 9.2, 21.1 y 22 LOPJ.

- iii. Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo.

En relación con la legitimación activa, corresponde a GREED GROUP por ostentar la condición de demandante en base al artículo 206.1 y 2 LSC, siendo socio de NEWCO y acreditando también un interés legítimo y directo. Por otro lado, la legitimación pasiva le corresponde a NEWCO en base a lo establecido en el artículo 206.3 LSC.

Además, cabe resaltar que en base al artículo 6 LEC, las personas jurídicas podrán ser parte en los procedimientos ante los Tribunales Civiles. Es por ello por lo que, pueden ostentar dicha condición tanto GREED GROUP (como demandante) como NEWCO (como demandado).

También puede reseñarse que según el artículo 12 LEC, cabría la posibilidad de que existiese un litisconsorcio pasivo en el cual se demandase conjuntamente a Sigaar y a la firma de auditoría Pufosa.

- iv. Procedimiento que se debe seguir de conformidad con la LEC.

Antes de nada, y en base a los hechos mencionados, antes de llegar a un juicio, podría intentarse la posibilidad de llevar a cabo un acuerdo extrajudicial, bien por arbitraje o bien por mediación, puesto que destacan por su rapidez e inmediatez, pudiendo resolverse el conflicto entre las sociedades sin llegar al punto de romperse su relación. La diferencia entre uno y otro es que el acuerdo al que se llega con el primero (laudo arbitral) se considera vinculante, y el acuerdo de mediación no lo es.

Definitivamente, consideramos que la mejor opción para nuestro cliente en este caso sería llevar a cabo un procedimiento de juicio ordinario en base al artículo En base al artículo 249.2 apartado 3º LEC, que establece que se decidirán por la vía del procedimiento ordinario todas las demandas relativas a la 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.

v. Proposición de pruebas y medios de prueba

En base al artículo 299 pueden aportarse diferentes medios de prueba, entre ellos:

- Interrogatorio de partes
- Documentos públicos
- Documentos privados
- Dictamen de peritos
- Reconocimiento judicial
- Interrogatorio de testigos

La prueba, tiene como objeto formar la convicción del Juez en relación con la verdadera existencia de los hechos acaecidos mediante los escritos de acusación en base al artículo 281 LEC. Normalmente se practican a instancia de parte, salvo que el tribunal acuerde de oficio que determinadas pruebas sean practicadas o que se aporten ciertos documentos o instrumentos probatorios cuando lo establezca la propia ley según el artículo 282 LEC.

El artículo 284 LEC establece que la forma de proponer la prueba será expresándolo separadamente, consignándose el domicilio o residencia de quienes vayan a ser citados (en su caso) para la práctica de cada medio de prueba.

Tras la proposición de dicha prueba, el tribunal deberá resolver admitiendo o denegándola y según el artículo 285 LEC, contra esa resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

Con respecto a los medios de prueba que propondríamos en la demanda, podrían ser algunos de los siguientes:

- Medios de prueba personales:
 - (i) Interrogatorio de partes en virtud del artículo 301 de la LEC.
 - (ii) Interrogatorio de testigos. Podríamos solicitar como testigos al administrador de NEWCO.
 - (iii) Informe pericial ajeno a las dos partes para que lleve a cabo una auditoría de Habanera e informe pericial que acredite que no había realmente una necesidad razonable y real de llevar a cabo la ampliación de capital.

- Medios de prueba reales:

- (i) Prueba documental, tales como la solicitud de documentos que usaron los de Pufosa para elaborar el informe de auditoría.

2.3. Cuestiones materiales.

- i. Responsabilidad de la firma de auditoría.

En primer lugar, debemos destacar que GREED GROUP puso a disposición de Sigaar una *Vendors Due Diligence*, para que quedase constancia de la situación real legal de Habanera. Además, se presentó de forma conjunta a este informe otro más relativo a la revisión financiera realizado por una firma de auditoría de reconocido prestigio que fue designada por Sigaar, denominada Pufosa Asesores Financieros; y en dicho informe aparecían analizados tanto (i) los estados contables, como (ii) los principales ratios económicos y financieros de Habanera a 31 de octubre de 2019.

Aquí cabe mencionar la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, mediante la cual y según su artículo 14, los auditores de cuentas y sociedades de auditoría deberán ser independientes a la hora de llevar a cabo el ejercicio de las sociedades que auditen, absteniéndose de actuar cuando su independencia se vea comprometida.

Además, deberán responder por los daños y perjuicios cuando incumplan con sus obligaciones según dispone el artículo 26 LAC.

Por disposición legal, las auditorías de cuentas responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones (Artículo 26 LAC).

En nuestro caso, podemos considerar que, si dicho informe fuese incorrecto, como nuestro cliente, GREED GROUP, no tiene relación contractual con Pufosa, este último sería responsable de forma extracontractual para/con nuestro cliente en base a los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

El deber de Pufosa consiste principalmente en comprobar que los estados contables de Habanera muestren la mayor veracidad posible, comprobando que se cumplen todos los requisitos establecidos en los artículos de la LAC. Aunque se entiende en un principio que la información arrojada en el informe es veraz, tras las irregularidades contables acaecidas en cuanto al perjuicio que alegan por parte de Habanera por incrementar su EBITDA de 2019, habría que cuestionarse y plantearse bien esa responsabilidad de los auditores de cuentas.

En este sentido, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2016, que establece que para que tenga lugar una responsabilidad contractual en materia de auditoría será necesario que se cumplan requisitos tales como: *“una actuación antijurídica por parte del auditor en el marco de la relación contractual, que la conducta del auditor sea culpable por haber actuado con dolo o culpa; que se haya causado un perjuicio o daño a la sociedad auditada y que exista una relación de causalidad entre el daño y perjuicio sufrido por la sociedad auditada y la conducta antijurídica del auditor”*.

Por todo lo expuesto anteriormente, consideramos que Pufosa debe responder tanto a nivel contractual como extracontractual, de los daños y perjuicios derivados de incumplir sus obligaciones como auditora.

- ii. Opresión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente.

Esta será la alternativa estratégica que escogeremos para defender a nuestro cliente ante una posible demanda, que más adelante detallaremos en el segundo punto relativo al escrito de demanda inicial.

- iii. Doctrina de los actos propios.

En este punto, debemos destacar en primer lugar:

- Que el 15 de noviembre se firmó un acuerdo de intenciones entre GREED GROUP y Sigaar en el cual se establecían los términos de la operación, la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses.
- En segundo lugar, el 20 de diciembre de 2019 las dos partes procedieron a firmar y ejecutar lo previsto en el acuerdo previo.
- Por último, el 10 de marzo de 2020 el Señor Fox mencionó en la reunión que tuvieron en Miami Beach, que del informe se derivaron ciertas irregularidades, las cuales consideró de mala fe por parte de Habanera para incrementar su EBITDA del ejercicio 2019 y que le pagasen más por sus acciones.

Aquí debemos destacar que el informe elaborado por Pufosa y que eligió Sigaar como auditora para que le redactase dicho informe, se realizó antes de negociar el acuerdo de intenciones, fecha en la cual, la forma de actuar del Señor Fox es completamente contraria a la anterior, puesto que solicita un informe de auditoría que después no considera válido al “descubrir” irregularidades en él.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2012 establece que: *“La doctrina de los actos propios tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectante a su autor, y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla”*.

Aquí es donde podemos mencionar la denominada doctrina de los actos propios, la cual se encuentra regulada en nuestro Código Civil, que su artículo 7 establece en su apartado primero lo siguiente: *“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*. Es decir, la forma de actuar de cada uno impone que exista un comportamiento igual de coherente con los actos futuros que lleve a cabo.

En nuestro caso, como el Señor Fox fue el que contrató a Pufosa para que le llevase a cabo dicho informe de auditoría, se considera que esta conducta va en contra de lo establecido por nuestra doctrina y jurisprudencia en relación con los actos propios, puesto que tras ello se firmó el acuerdo de intenciones y por último el contrato de compraventa de las acciones de Habanera, siendo muy extraño que una vez habiéndose realizado todas las operaciones, este quisiera invocar todo lo firmado.

Es por ello por lo que no se entiende que, tras haber encontrado esas irregularidades en dicho informe, Sigaar decidiese seguir adelante con toda la operación, contraviniendo todo lo explicado anteriormente y yendo en contra de sus propios actos.

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

En este punto, se considera que dicho informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar tendría una fiabilidad mucho menor con respecto al de Pufosa, que fue contratado de forma externa, y ostenta prestigio en España. Por ello consideramos que el informe del departamento interno de Sigaar con respecto al otro no ofrecería una información tan veraz y objetiva a diferencia del de Pufosa. Además, debemos destacar que dicha auditoría fue elegida por el Señor Fox, que optó por la misma firma de auditoría que la que valoró contablemente las acciones de Habanera.

v. Valor probatorio de los correos electrónicos.

En este caso podría alegarse por parte de GREED GROUP que, a pesar de lo establecido en los

correos electrónicos intercambiados entre este y Sigaar, a pesar de tener un tono elevado y grotesco, en ningún momento Sigaar hizo referencia a ellos reclamando o invocando formalmente las declaraciones y garantías derivadas y acordadas.

Además, también se considera que desde el principio y con ese tipo de correos con acusaciones indecorosas a nuestro cliente siempre se ha podido notar la mala fe y desconfianza de Sigaar.

En un posible escenario de que tuviesen valor probatorio, podemos hacer referencia a una sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de mayo de 2013, que establece que *“las comunicaciones habidas entre las partes a través de correos electrónicos (aportados en soporte papel) son expresivos de las reclamaciones, en cuanto a la globalidad de la deuda a la que alude la sentencia apelada, que interrumpen la prescripción, sin que el hecho de que tales documentos hayan sido impugnados determine necesariamente la privación de todas su eficacia probatoria toda vez que el artículo 326 LEC señala que los documentos impugnados, sobre cuya autenticidad no se haya practicado prueba, podrán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica”*.

De todas formas, en virtud del artículo 299 LEC no aparecen regulados como medios de prueba, pero puede que tengan cabida en el apartado 2 de dicho artículo, dentro de los medios de reproducción de palabra.

En último lugar también podría tener cabida su valor probatorio en base a lo que dispone la Ley 35/2003 de 19 de diciembre de Firma Electrónica, que estipula que *se considerará documento electrónico “la información de cualquier naturaleza en dicha forma, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”*.

2.4. Otras cuestiones.

- i. Mancomunidad y solidaridad de los administradores. Acción social de responsabilidad contra el Señor Fox.

En este caso, existen varios tipos de órganos de administración en función de la sociedad de la que hablemos:

- GREED GROUP está formado por un Consejo de Administración cuyo presidente es el Señor Gekko.
- Habanera, cuenta con el mismo órgano de administración que GREED GROUP.
- Sigaar está regido por dos administradores mancomunados, el Señor Bud Fox, que

también es a su vez administrador único de NEWCO, dejando la gestión diaria en el Señor Gekko.

Pues bien, una vez analizado esto, debe analizarse la forma en la que ha actuado cada uno con respecto a cada sociedad. Se considera que el Señor Fox, como administrador único de NEWCO y a su vez mancomunado de Sigaar, no ha actuado con la diligencia debida y en relación con el deber de lealtad de los administradores establecido en los artículos 228 y siguientes LSC.

En este sentido, con respecto al acuerdo que se adoptó el 27 de abril de 2019, en sede de Junta General de NEWCO, consideramos que sería conveniente ejercitar por parte de nuestro cliente una acción social de responsabilidad contra el Señor Fox, en base al artículo 238 LSC, que deberá ser entablada por la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general y cuyo resultado será la destitución de los administradores afectados. Por ello, consideramos que debería entablarse dicha acción por GREED GROUP para que el Señor Fox sea destituido, ya que consideramos que no ha actuado con la diligencia que debería ni conforme a lo establecido en la LSC relativo a los deberes de los administradores, proponiendo un acuerdo abusivo y de mala fe, considerando que su objetivo era el de beneficiar a Sigaar ya que es administrador mancomunado de esta a la vez, entrando por ello en un conflicto de intereses del artículo 228 LSC.

ii. Valoración de la *Joint Venture*.

Debido a las dificultades por las que estaba pasando Sigaar, el Señor Gekko buscó financiación ajena a través de inversores externos que adquiriesen las acciones de sus filiales, en concreto de Habanera. Sigaar fue quien se interesó en dicho accionariado queriendo adquirir una participación mayoritaria en Habanera, y acordando tras ello la constitución de una *Joint Venture* a través de la constitución de una nueva sociedad, NEWCO, que sería propietaria del 100% de las acciones de Habanera.

Aquí, en primer lugar, explicaremos a nuestro cliente qué se entiende por *Joint Venture* o “empresa conjunta”, sus elementos, ventajas e inconvenientes y sus peculiaridades de forma clara y concisa. Pues bien, se trata de una figura jurídica basada en una empresa conjunta, formada como fruto de un acuerdo y compromiso entre dos o varias sociedades económicamente independientes, con el objetivo de llevar a cabo un negocio concreto de forma temporal.

El profesor Bradley en la Harvard Law Review la define como “*integración de operaciones entre dos o más empresas independientes donde se encuentran las condiciones siguientes*”¹:

¹ Chulià Vicent, E. y Beltrán Alandete, T., “el Joint Venture o la empresa conjunta”, Capítulo III, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*.

- Está sujeto al control común de las sociedades matrices.
- Cada empresa matriz realiza una contribución determinada a la *Joint Venture*.
- La *Joint Venture* se considera independiente de sus sociedades matrices.

Podemos observar por lo tanto que es importante la idea de que, aunque las partes tengan por un lado sus propias actividades o negocios, llevan a cabo una relación de colaboración o control conjunto de dicha *Joint Venture*, todo ello a través de un contrato con derechos y obligaciones de esas partes.

Por otro lado, de forma general, tanto la inversión, como el riesgo y beneficio suele ser al cincuenta por ciento (50%) entre las dos sociedades, lo que en nuestro caso no ha sido así, ya que, por un lado, Sigaar ostenta el setenta y cinco por ciento (75%) del capital mientras que GREED GROUP un veinticinco por ciento (25%), cosa que provocaría que nuestro cliente perdiese el control de su filial al no estar el capital repartido de forma similar y equitativa. También hemos de destacar que el tipo de *Joint Venture* que se lleva a cabo en nuestro caso se caracteriza por ser una *Equity Joint Venture*, es decir, implica la constitución de una nueva sociedad con personalidad jurídica propia, creada por Sigaar y GREED GROUP, y que tiene una responsabilidad limitada, respondiendo la propia sociedad NEWCO por el límite del capital aportado al configurarse después como una sociedad anónima.

Con respecto a las ventajas que reporta este tipo de empresa conjunta, podemos destacar la consecución de mejores resultados a través de la unión de esfuerzos, una mayor productividad y una minimización del riesgo, en cambio, pueden darse varios inconvenientes, entre ellos la gestión y el control común, puesto que toman las decisiones de forma conjunta y esto puede afectar a la hora de generar conflicto entre los socios.

En nuestro caso, tras lo que se acaba de explicar, se puede valorar que la *Joint Venture* constituida entre estas dos partes es válida y está bien creada.

Por otro lado, cabe mencionar también los aspectos fiscales que acarrea esta empresa conjunta, y se consideran más beneficiosos en este tipo de empresas.

Lo único malo es que al tener que constituirse una nueva sociedad, el proceso será más costoso y lento por la cantidad de formalismos y documentación que se requiere, tanto a nivel contractual como a nivel de estructurar las responsabilidades y beneficios, y como en España no viene regulada esta figura jurídica, habrá que atenerse a lo dispuesto en el Código Civil, en concreto en sus artículos referidos a la libertad contractual (artículo 1.255).

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

En nuestro caso, el acuerdo de intenciones firmado por las partes el 15 de noviembre de 2019 en el que se describían los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses, se trataría de un acuerdo no necesariamente vinculante². A pesar de que no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1255 del Código Civil justifica dicho acuerdo basándose en la libertad de pactos de los particulares, en la “autonomía de la voluntad”. Es lo que las partes quieren que sea, y estos pueden originarse en una fase de negociación que se convertirá en un futuro contrato o bien quedarse en un mero acuerdo.

Pero en este caso nos encontramos en una situación de negociación antes de redactar cualquier tipo de contrato, por lo que consideramos que no hay ningún derecho u obligación que ate a nuestro cliente o le obligue para/con Sigaar, sin suponer por tanto un acto jurídico que le vincule y que se deriven ciertos efectos.

No obstante, aunque no produzcan efectos en sí, la doctrina exige en nuestra legislación española la buena fe en este tipo de negociaciones precontractuales, además de actuar con la diligencia debida de un buen empresario y pudiendo llegar responder de forma extracontractual por el artículo 1902 del Código Civil.

En relación con las cláusulas de declaraciones y garantías de los contratos con vigencia de 12 meses, se asegura que los estados contables y financieros de Habanera van a ser veraces y exactos. Consideramos que esta cláusula de dichos contratos que se firmaron es una garantía que el vendedor establece para el caso de que se descubran ciertos vicios ocultos en la cosa vendida. Se trata de obligaciones que las partes deben cumplir, considerándose como incumplimiento contractual el no llevar a cabo esas obligaciones, y respondiendo la parte que ha incumplido por ello.

² González, Varadé, P. “Carácter vinculante o no vinculante de las Cartas de Intenciones”, ILP abogados, 31 de mayo de 2019.

3. Escrito de demanda inicial.

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA N° X

Don Borja Rodiño Tomé, mayor de edad, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil **GREED GROUP, S.A.**, (en adelante, “**GREED GROUP**” o la “**Demandante**) con CIF B-64836143, con domicilio social en la Calle del Muro nº14, 28015, Madrid (España), bajo la dirección letrada de **Doña Mercedes Olmedo González**, colegiado número 65.936 por el ICA de Barcelona, cuya representación acredito mediante **Documento nº1**, ante el Tribunal comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO

Que, en tiempo y forma, y habiendo resultado ineficaz el intento de llegar a un acuerdo para resolver la presente disputa, interpongo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** contra la sociedad **NEWCO, S.A.** (en adelante, “**NEWCO**”), con CIF B-73926176 y domiciliada en la Avenida de la Diagonal, nº 12, 08019, Barcelona (España), y contra el órgano de administración de la misma sociedad, constituido por el administrador único, el Señor Bud Fox (en adelante, “**Señor Fox**”) para ejercer acción de **IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**, en concreto del acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria y Universal de 27 de abril de 2020 en base a los artículos 190 y 204 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “**LSC**”).

Todo ello en base a los siguientes,

HECHOS

- i. Que, **GREED GROUP**, es una sociedad que tiene por objeto social la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, y está dirigida por un Consejo de Administración cuya presidencia ostenta el Señor Gordon Gekko (en adelante, “**Señor Gekko**”), de nacionalidad australiana. Además, es la sociedad matriz de un gran grupo empresarial con filiales en Estados Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, las Islas Caimán y España.
- ii. Que, desde el año 2018, ha tenido problemas financieros de liquidez, lo que finalmente le llevó a buscar inversores para las filiales de su grupo, en concreto, de una filial española dedicada a la importación de cigarrillos habanos directamente desde Cuba, **Habanera S.A.U.** (en adelante, “**Habanera**”). La propuesta más atractiva para acceder a las acciones de **Habanera** fue la de la sociedad holandesa **Sigaar, BV** (en adelante, “**Sigaar**”),

- cuyo objetivo principal era ampliar su red comercial a través de la adquisición de una participación mayoritaria de Habanera y así ampliar su red a otros mercados nuevos.
- iii. Que, para poder acceder al accionariado de Habanera, a principios de septiembre de 2019, el Señor Fox mantuvo una reunión con el Señor Gekko, en la que se propuso la constitución de una *Joint Venture* a través de la constitución de una nueva sociedad (en adelante, “**Newco**” o la “**Sociedad**”), que fuese titular del 100% de las acciones de Habanera.
 - iv. Que, para que Sigaar pudiese presentar su oferta económica para la adquisición de dichas acciones, GREED GROUP puso a su disposición una *Vendors Due Diligence* que reflejaba la situación legal de Habanera, y a su vez se entregó un informe financiero el que se analizaban los aspectos contables y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019, redactado por una firma de auditoría elegida por Sigaar, denominada Pufosa Asesores Financieros (en adelante, “**Pufosa**”), los cuales se adjuntan como **documentos nº2 y nº3**.
 - v. Tras el análisis de esa documentación Sigaar ofreció en pago de dichas acciones un importe equivalente a ocho veces el EBITDA de Habanera de 2019, ascendiendo a un total de novecientos setenta y dos mil doscientos veintidós euros (972.222€). Para ello, el 15 de noviembre de 2019, las dos partes (Sigaar y GREED GROUP) firmaron un acuerdo de intenciones (*Letter of Intent*), que se adjunta como **documento nº 4**, y en el cual se describían e incluían la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses. Además, se realizó un informe de valoración de las aportaciones no dinerarias por parte de un experto independiente, que tuvo como resultado uno muy parecido al informe de Pufosa y que adjuntamos como **documento nº 5**.
 - vi. Que, el 20 de diciembre de 2019, las dos partes firmaron y ejecutaron los contratos, elevándolos a público ante notario, los cuales contenían, entre otras, una cláusula de declaraciones y garantías por parte de GREED GROUP por un periodo de vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, y otra de sumisión expresa a los juzgados y tribunales de Valencia de los litigios derivados de dichos contratos.
 - vii. Que, NEWCO quedó configurada como sociedad anónima (“**NEWCO, S.A.**”) e inscrita el 3 de enero de 2020 en el Registro Mercantil de Barcelona, siendo el Señor Fox designado administrador único y delegando la gestión diaria de los asuntos en el Señor Gekko.
 - viii. Que, en fecha 10 de marzo de 2020, hubo una reunión entre los representantes de GREED GROUP y Sigaar, y en la cual el Señor Fox manifestó que se descubrieron ciertas

irregularidades contables que llevó a cabo Habanera para incrementar su EBITDA de 2019 para que así el precio de sus acciones aumentase, exigiendo un ajuste del precio de compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido, resultando en setecientos setenta y un cuatrocientos sesenta euros (771.460€). GREED GROUP negó este tipo de acusaciones cuestionando la validez de la información proporcionada por Sigaar en su informe interno.

- ix. Posteriormente, se mandaron una serie de correos electrónicos, los cuales se adjuntan como **documento nº6** en los que el Señor Fox seguía acusando al Señor Gekko, reiterándole este último que no iba a consentir dichas acusaciones puesto que no tenía ningún fundamento.
- x. En último lugar, y como hecho que constituye el objeto de la presente demanda, se celebró el día 27 de abril de 2020 una Junta General Extraordinaria y Universal de NEWCO, S.A., en la cual se adoptaron dos acuerdos, por un lado la destitución del Señor Fox como administrador único de la sociedad sustituyéndole por el otro administrador mancomunado de Sigaar, el Señor Glauser Roist; y por otra parte se adoptó un acuerdo de aumento de capital por compensación de un crédito de Sigaar, pasando esta última a controlar NEWCO,S.A. en un 95%.
- xi. Todos estos hechos anteriores refuerzan la pretensión de nuestro mandante, concretamente con respecto al abuso por la mayoría y omitiendo el deber de fidelidad de los socios exigido en el artículo 190 LSC, que más tarde detallaremos.

Y a los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) JURÍDICO PROCESALES

I.- OBJETO DE LA DEMANDA.

La materia objeto del recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 204 LSC, consiste en la impugnación de uno de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria y Universal de NEWCO el 27 de abril de 2020, concretamente el relativo al aumento de capital por compensación de un crédito de Sigaar (en adelante, “**el Acuerdo**”), por considerar que:

- En base al artículo 204 LSC, lesiona el interés de la sociedad en beneficio del socio mayoritario de NEWCO, no respondiendo por tanto a una necesidad razonable de la sociedad, y además habiendo sido adoptado de manera abusiva, con ánimo de perjudicar

los intereses del socio minoritario, de mi mandante.

- Infringe lo establecido en el artículo 190 LSC por haber sido adoptado en una situación de conflicto de intereses, siendo por tanto contrario a la Ley.

II.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

La jurisdicción competente en este caso sería la civil en base a lo establecido en los artículos 9.2, 21.1 y 22. 2 b) LOPJ.

Corresponde el conocimiento de este asunto por razón de la materia a los Juzgados de lo Mercantil, en base a lo establecido en el artículo 86 TER, apartado segundo, a) LOPJ, puesto que se trata de una impugnación de acuerdos sociales, es decir, una cuestión que se promueve al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, en este caso, de la Ley de Sociedades de Capital.

Además, en concreto, según el artículo 52.1. 10º LEC, consideramos que es competente territorialmente para conocer de la impugnación de los acuerdos sociales el Juzgado del lugar del domicilio social de NEWCO, esto es, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

III.- LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD.

Las dos partes tienen capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en base a los artículos 6.1 apartado 3º y 7.4 LEC.

En relación con la legitimación activa, corresponde a GREED GROUP por ostentar la condición de demandante en base al artículo 206.1 y 2 LSC, siendo socio de NEWCO y acreditando también un interés legítimo y directo. Por otro lado, la legitimación pasiva le corresponde a NEWCO en base a lo establecido en el artículo 206.3 LSC.

IV.- REPRESENTACIÓN.

La parte recurrente actúa representada por Procurador y asistida por Letrado, en los términos previstos que previene el artículo 23 de la LJCA.

V. - PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA.

En base al artículo 249.2 apartado 3º LEC se decidirán por la vía del procedimiento ordinario todas las demandas relativas a la 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.

Consideramos que la cuantía del presente procedimiento resulta indeterminada por corresponder a una impugnación de acuerdos sociales, basándose en cuestiones meramente formales.

VI. – COSTAS.

En relación con las costas, de conformidad con el artículo 394 de la LEC, las correspondientes a la primera instancia se impondrán a la parte que vea rechazada sus pretensiones en la primera instancia.

B) JURÍDICO MATERIALES

I.- El acuerdo lesiona el interés social al haber sido adoptado de manera abusiva por la mayoría, en interés propio y en detrimento injustificado de los socios.

En base al artículo 204 LSC, en su apartado primero se establece que *“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.*

Además, prosigue el artículo estableciendo que: *“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”.*

Según lo dispuesto en el artículo, en el caso de la presente demanda se considera que debe impugnarse dicho acuerdo de 27 de abril de 2020, por contener tres elementos esenciales que se mencionan en dicho precepto y que consideran abusivo el mencionado acuerdo:

- Que no responde a una necesidad razonable de la sociedad, ya que a NEWCO no le ha dado tiempo suficiente a llevar a cabo actividades en el mercado puesto que fue creada hace menos de un año, por lo que, se entiende que no era necesario llevar a cabo dicha ampliación de capital.
- Que se haya impuesto en interés propio y de forma abusiva por el socio mayoritario de NEWCO (Sigaar), al ostentar un 75% del capital social de la Sociedad y aun por encima, tras el acuerdo, dicho capital se incrementó hasta llegar a un 95% que conllevó que Sigaar controlase la Sociedad prácticamente de manera absoluta.
- Que se adopte en detrimento injustificado de los demás socios, diluyendo la participación en el capital del socio minoritario, de nuestro mandante GREED GROUP.

Hay que destacar que se debe tener muy en cuenta a la hora de adoptar un acuerdo, si realmente responde o no a una “necesidad razonable” de la sociedad según establece el mismo precepto citado, debiendo existir por tanto una razón objetiva que motive la adopción de dicho acuerdo.

En esta línea, se pronuncia el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra en su Sentencia de 14 de junio de 2019 estableciendo lo siguiente:

*“la impugnabilidad de los acuerdos contrarios al interés social nos remite a una actuación del socio o socios mayoritarios que constituya un **comportamiento desleal y lesivo para la sociedad o, incluso, para la minoría**. Los acuerdos adoptados por la Junta General han de resultar conformes con el interés social, pero la Junta tiene un amplio margen de discrecionalidad para su concreción: el acuerdo será impugnable en aquellos casos en que el voto de la mayoría haya servido para causar un daño al patrimonio social. Y, según la jurisprudencia consolidada (y ya con el tenor del art. 204.1, párrafo segundo, LSC), **también cuando se haya impuesto de manera abusiva por la mayoría en detrimento de los demás socios**. Más allá de estos casos, los acuerdos de la Junta no pueden ser examinados en sede judicial bajo el tamiz del interés social: cuando el socio de control adquiere una ventaja particular y puede darse un conflicto de intereses, el control judicial está justificado y puede **conducir a la anulación del acuerdo adoptado**”.*

Por tanto, y según lo mencionado por este Juzgado, se puede reafirmar que la impugnabilidad de los acuerdos puede darse en dichos casos de comportamiento desleal y lesivo para la sociedad y para la minoría de los socios en caso de haberse impuesto abusivamente por la mayoría, pudiendo contemplar la anulación de dicho acuerdo adoptado.

Por otro lado, cabe tener en cuenta una Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2015, en la cual se establece que ha de extremarse el rigor en aquellos supuestos en los 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”*. Con esto se puede considerar que dicha ampliación de capital acordada en NEWCO podría haberse realizado con el ánimo de encubrir una situación favorable para el socio Sigaar para poder mantener, o en este caso, aumentar su participación en el capital de la Sociedad.

Finalmente, y en base a lo explicado, se considera que el acuerdo de 27 de abril de 2019 adoptado en sede de Junta General Extraordinaria y Universal de NEWCO se llevó a cabo con la intención de beneficiar únicamente al socio mayoritario, a Sigaar, y diluir la participación del resto de socios, de GEED GROUP, y lo más importante, sin responder a ningún tipo de necesidad razonable y objetiva de la Sociedad.

II.- Vulneración del artículo 190 LSC y del deber de lealtad.

En este caso, el artículo 190 LSC establece que, en el caso de conflicto de intereses a la hora de votar un acuerdo en Junta general, el socio deberá abstenerse de votar en relación con el acuerdo que le afecte en base a ese conflicto.

En este caso, se puede afirmar que existe dicho conflicto de intereses porque el socio mayoritario, Sigaar, ha adoptado el acuerdo teniendo un 75% de participación en el capital de NEWCO y además esta última sociedad resulta que tiene como administrador único a uno de los administradores mancomunados de Sigaar, el Señor Fox. Por tanto, se considera que este socio mayoritario debió haberse abstenido de votar en dicho acuerdo de ampliación de capital para cumplir con el deber de lealtad que le correspondía, considerándose ilícita dicha actuación en base al artículo previamente mencionado.

Además, cabe resaltar, que en virtud del mismo artículo también debería haberse abstenido en la votación puesto que el apartado e) del precepto, que remite al artículo 230 LSC, relativo al deber de lealtad de los administradores, y donde también podemos encajar el artículo 228 c), que establece que el deber de lealtad de los administradores se basa también en “*Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto*”. En este caso consideramos que el Señor Fox, administrador de NEWCO, estaría vinculado con Sigaar puesto que a su vez es administrador mancomunado de esta última, beneficiando por tanto dicho acuerdo únicamente a Sigaar puesto que se entiende que el Señor Fox lo propuso con ánimo de beneficiar únicamente a Sigaar.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que, teniendo por presentado este escrito, en tiempo y forma se sirva admitirlo y me tenga por formulada **DEMANDA** de juicio ordinario en tiempo y forma en nombre de GREED GROUP, S.A. y contra NEWCO, S.A., dando traslado al demandado de este, y tras el cumplimiento de los trámites procesales necesarios, se proceda a dictar Sentencia estimatoria en la que:

- Se DECLARE la nulidad del acuerdo de 27 de abril de 2019 de ampliación de capital que ha sido objeto de impugnación
- Se CONDENE a NEWCO, S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones.
- Se CONDENE a NEWCO, S.A. a pagar las costas de este juicio ordinario.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 721 y siguientes LEC,

solicito la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- Suspensión del acuerdo de 27 de abril de 2019 de ampliación de capital que ha sido objeto de impugnación en la presente demanda en base al artículo 727 10º LEC.
- Anotación preventiva de demanda en la hoja en la que aparece registrada NEWCO en el Registro Mercantil de Barcelona en base a lo establecido en el artículo 727 5º LEC.

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por formulada la anterior manifestación y, en base a ello, acuerde la adopción de las medidas cautelares mencionadas en el primer otrosí digo.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Asimismo, para acreditar los referidos hechos, se propone la práctica de los siguientes **MEDIOS DE PRUEBA:**

- Documentales: que se tengan por leídos los documentos aportados a la presente demanda y mencionados en los hechos y a lo largo de la misma.

SUPLICO AL JUZGADO: que admita los pertinentes medios de prueba propuestos y se tengan por realizadas las anteriores manifestaciones y acuerde en base a lo solicitado.

Por ser de Justicia que pido en Barcelona en fecha 11 de enero de 2021.

Fdo: D. Borja Rodiño Tomé

Fdo: Mercedes Olmedo González

Procurador.

Letrado nº 65.936 ICAB, MOG abogados, S.L.P.

4. Segunda parte del informe: previsión de la contestación de la parte contraria y posible reconvencción.

Como posible contestación a nuestra demanda que llevaría a cabo Sigaar, podríamos mencionar las bases jurídicas que utilizaría la sociedad holandesa para demandar a nuestro cliente, siendo estas:

- Que la ampliación de capital por compensación de créditos de Sigaar se había realizado conforme al interés social de la sociedad por el hecho de la crisis de la pandemia que ese estaba sufriendo en ese momento, siendo por tanto una necesidad razonable para la sociedad el hecho de llevar a cabo dicha ampliación.
- Que no hay ningún tipo de conflicto de intereses entre Sigaar y sus administradores mancomunados y NEWCO. Sigaar y los socios correspondientes podría probar que el acuerdo se hizo conforme al interés social de la sociedad.

Asimismo, también analizaremos si cupiese la posibilidad de llevar a cabo una reconvencción por parte de Sigaar, la cual se basaría en una contrademanda, que, una vez el demandado se dispone a contestar a dicha demanda, formula a su vez contra el demandante, para aprovechar haciéndolo en el mismo procedimiento. Puesto que esta reconvencción debe garantizar la coherencia de la causa, según el artículo 407 LEC, solo se admitirá en los casos en que haya conexión entre las pretensiones y que fuesen objeto de la demanda principal, pudiendo ser formulada por la parte demandada al contestar a la demanda.³

2. No se admitirá la reconvencción cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.”

Por ello, en nuestro caso entendemos que no cabría reconvencción puesto que lo que hemos alegado como fundamento de derecho en nuestra demanda, como es la impugnación del acuerdo por abusivo, no tendría nada que ver con respecto a lo que Sigaar querría reconvenir contra nuestro cliente, ya que la acción que se querría ejercitar debería ventilarse en juicio de diferente tipo, es decir,

Por último, también debemos mencionarle a nuestro cliente, que Sigaar podría interponer una demanda contra él, en la cual alegaría los siguientes fundamentos de derecho:

³ “Regulación de la figura de la reconvencción en el juicio ordinario y verbal”, Iberley.

- a) Acción individual de responsabilidad contra el Señor Gekko como presidente del Consejo de Administración de GREED GROUP (y también de Habanera que ostenta el mismo consejo).

En base al artículo 241 LSC *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”*.

En nuestro caso, podemos afirmar que, Habanera, al ostentar el mismo Consejo de Administración que GREED GROUP, podría generar confusión de si las irregularidades de la contabilidad proceden de una o de la otra. Por ello, Sigaar podría ejercer dicha acción de responsabilidad contra el Consejo de Administración de GREED GROUP, por considerar que ha actuado de mala fe al haber puesto a disposición de la sociedad holandesa los informes con irregularidades. Por ello se considera que el Consejo de Administración de Habanera deberá responder de forma solidaria en base al artículo 237 LSC por falseamiento contable relacionado con el EBITDA de dicha sociedad en su ejercicio de 2019.

- b) Daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

En este punto, Sigaar en base al artículo 1124 del Código Civil, podría ejercer la acción de incumplimiento contractual y una consecuente condena a indemnización por los daños y perjuicios causados con respecto al incremento del EBITDA del ejercicio de 2019.

Según el artículo 1101 del mismo texto legal, es presupuesto indispensable para que concurra responsabilidad contractual, el incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, el perjuicio causado y el nexo que lo haya producido (nexo entre la conducta y el perjuicio causado). Sigaar podría alegar que se cumplen esos requisitos considerando que:

- GREED GROUP incumplió el contrato al no intentar salvar las irregularidades encontradas en el informe de Habanera.
- Existen daños y perjuicios reales ya que se produjo un daño económico en el patrimonio de Sigaar al haber pagado las acciones por un precio mayor al real (8 veces el EBITDA del ejercicio 2019 de Habanera).
- Que se da un nexo causal puesto que considera que, debido a las irregularidades del informe, se pagó ese precio excesivo.

5. Bibliografía

- a) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra, de 14 de junio de 2019, nº 119/2019.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b587da5b5d6c7b05/20190704>)

- b) Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, de 9 de marzo de 2012, número 147/2012.

- c) “Medidas cautelares en derecho procesal”, Guías Jurídicas, Wolters Kluwer. Disponible en: (https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNji3MztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoA9xEBzzUAAAA=WKE)

- d) Chulià Vicent, E. y Beltrán Alandete, T., “el Joint Venture o la empresa conjunta”, Capítulo III, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. (Disponible en: <https://app.vlex.com/-vid/joint-venture-empresa-conjunta-248599>)

- e) González, Varadé, P. “Carácter vinculante o no vinculante de las Cartas de Intenciones”, ILP abogados, 31 de mayo de 2019. Disponible en:

<https://www.ilpabogados.com/caracter-vinculante-o-vinculante-de-las-cartas-de-intenciones/>

- f) “La prueba: concepto, objeto y medios de prueba”, Alma abogados. (Disponible en: <https://almaabogados.com/la-prueba-concepto-objeto-y-medios-de-prueba>).

- g) Regulación de la figura de la reconvencción en el juicio ordinario y verbal”, Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-figura-reconvenccion-juicio-ordinario-verbal-54701>