

MÁSTER DERECHO DE EMPRESA (MUDE)



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

ALUMNO: CRISTINA QUINTANA MARTÍN

TUTOR: BRUNO MARTÍN BAUMEISTER

FECHA DE ENTREGA: 01/2021

ÍNDICE

1. BASE JURÍDICA DE LAS POSIBLES ACCIONES A EJERCITAR POR EL SR. GEKKO EN NOMBRE DE GREED GROUP.	3
1.1 Acción contra administradores de Sigaar. Garantías Due Diligence e Informe de auditoría.	3
1.2 Responsabilidad administradores NewCo una vez adquirida Habanera.	7
1.2.1 Impugnación del acuerdo social por ser contrario al orden público. Incumplimiento requisitos formales del artículo 301. LSC.	8
1.2.2 Impugnación del acuerdo social de ampliación de capital por abuso mayoría.	11
1.3 Responsabilidad administradores (Sr. Fox y Sr. Roist).	13
1.4 Responsabilidad del departamento contable de Sigaar: falseamiento documento contable y delito acusaciones falsas para diluir participación de Greed Group.	16
1.5 Responsabilidad auditor designado por Sigaar en el proceso de adquisición Habanera. ..	17
1.6 Demanda inicial de acuerdo con la decisión estratégica elegida.	18
2. BASE JURÍDICA SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN.	30
2.1 Ajuste de precio	30
2.2 Saneamiento por vicios ocultos.	33
2.3 Vicios en el consentimiento	36
2.4 Acciones frente a los administradores de Greed Group por falsedad contable.	38
2.4.1 Las Cuentas Anuales consolidadas no reflejan falsedad contable.	39
2.4.2 Informe auditoría no recaba la falsedad contable.	41
2.5 Limitaciones en la responsabilidad de Greed Group.	43
2.6 Doctrina de los actos propios.	44
2.7 Reconvencción	45
3. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES A CONSIDERAR.	46
3.1 Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas.	46
3.2 Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa.	46
3.3 Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo. 48	
3.4 Procedimientos a seguir de conformidad con la LEC.	51
3.5 Proposición de pruebas y medios de prueba	51
3.6 Valor probatorio de los correos electrónicos.	54
4. ALGUNAS CUESTIONES MATERIALES A CONSIDERAR	55
4.1 Valoración de la Joint Venture	55
4.2 Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos.	56
5. CONCLUSIONES	59
6. FUENTES DE INVESTIGACIÓN	63

1. BASE JURÍDICA DE LAS POSIBLES ACCIONES A EJERCITAR POR EL SR. GEKKO EN NOMBRE DE GREED GROUP.

1.1 Acción contra administradores de Sigaar. Garantías Due Diligence e Informe de auditoría.

La Due Diligence es un proceso de investigación necesario antes llevar a cabo la adquisición de Habanera o inversión financiera, tendente a la búsqueda de información para poder sopesar tanto los riesgos como la situación económica financiera de Habanera, S.A.U. (en adelante, “Habanera” o “Vendedor”) . De esta manera el proceso de Due Diligence atenúa las responsabilidades del Vendedor sobre los posibles riesgos inherentes a la adquisición.

La responsabilidad de Habanera como Vendedora acerca del conocimiento que Sigaar, BV (en adelante, “Sigaar” o “Comprador”), haya podido obtener de la sociedad adquirida, a través del informe de revisión jurídica (Vendors Due Diligence), debe examinarse su modus operandi de forma distinta según estemos ante empresas o fondos private equity.

Con carácter general, los fondos de capital riesgo suelen establecer que la información obtenida en este proceso de Due Diligence tenga un carácter meramente informativo, por lo que en estos supuestos el Vendedor no se exonera de su responsabilidad. Sin embargo, los procesos llevados entre empresas, como es el caso, pues tanto la sociedad adquirida como la adquiriente se dedican a la misma actividad, siendo el objetivo de Sigaar expandir su negocio y no llevar a cabo una mera inversión, suele ocurrir exactamente lo contrario, es decir, la regla general es que la información de este proceso de revisión conlleve la limitación de la responsabilidad del Vendedor, quedando en este caso Greed Group exonerado de la responsabilidad por todo aquello que haya puesto de manifiesto al Comprador durante la Due Diligence.

Esta exoneración de responsabilidad pasa por acreditar que Sigaar como Comprador tenía un cabal conocimiento de toda la información, por lo que Greed Group deberá probar extremos, tales como, haber incorporado al contrato, en soporte informático toda la información revisada. Esta información habrá sido, seguramente, facilitada a Sigaar en lo que se conoce como data room (bien física o bien virtual), que en muchas ocasiones, como ha sido el presente supuesto, incluye un Informe de Due Diligence encargado por el propio Vendedor (Vendors Due Diligence). Resulta patente, la ventaja de probar la voluntad de Greed Group de aportar toda la información posible para demostrar su transparencia.

Aportada la Vendors Due Diligence con toda la información, Sigaar debería haber desplegado la máxima diligencia para indagar y verificar toda la información suministrada por Greed Group, pues dicho informe de revisión contenía toda la información necesaria para adquirir las participaciones de la filial de Greed Group, desde temas de personal hasta contrato, pasando por la auditoría realizada por Pufosa Asesores Financieros en la que se examinó en profundidad los estados financieros.

Es decir, junto con la Vendors Due Diligence se presentó un informe financiero realizado por una firma de auditoría (en adelante, el “Informe”) de reconocido prestigio en España y que había sido elegida por la propia Sigaar. Es precisamente, este aspecto del Informe de revisión el que presenta el conflicto, pues es una vez adquirida Habanera por Sigaar cuando alega determinadas

irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019. De existir irregularidades contables en Habanera, estas se hubieran hecho patentes en el Informe de auditoría encargado por la propia Compradora, pues Sigaar contrató los servicios de Pufosa Asesores Financieros, precisamente, con ánimo de revisar cualquier contingencia contable de Habanera necesaria para determinar el valor de la adquisición de las participaciones de Habanera en relación con el EBITDA. En el caso presente se ha entregado toda la información de forma transparente al Comprador y a los auditores, de manera que de haberse producido una falsedad en la contabilidad estos lo podrían haber encontrado.

Por tanto, la Vendors Due Diligence y el Informe de auditoría han tenido por objetivo en este proceso:

- Poner de manifiesto las contingencias a través de la revisión jurídica de Habanera, como sociedad target, para identificar y ponderar las posibles contingencias o pasivos que puedan existir en la Sociedad adquirida, en concreto sobre la valoración de las participaciones de la target.
- Limitar la responsabilidad del Vendedor - Habanera, pues toda contingencia que pudiera haber detectado en la revisión financiera, al tener su impacto en el precio, deberá ser asumido por Sigaar como entidad financiadora si esas contingencias finalmente provocasen un daño para la Sociedad *Target*.

Por todo ello, la realización de una Due Diligence constituye una exigencia para el desempeño diligente de las funciones por los administradores de Sigaar, como sociedad adquirente. Así, es evidente que si la omisión en la realización del Informe de revisión jurídica y económica genera responsabilidad a los administradores mancomunados de Sigaar en caso de derivarse daños como haber pagado un precio excesivo, se puede afirmar que la inexistencia de contingencias tanto en la Vendors Due Diligence como en el Informe de auditoría son extremos acreditativos de la situación transparente y veraz de la sociedad Target (Habanera).

Las operaciones de esta extensión, como es la adquisición de la participación mayoritaria en Habanera, no pueden realizarse sin información suficiente sobre el valor para determinar el precio que pagará por Habanera como sociedad target, pues ello, determina una clara negligencia por parte de los administradores. Tan importante es que previamente a la adquisición el administrador tenga una imagen clara de la sociedad target a través de información suficiente para adquirir sus acciones por un precio justo, que en caso de no disponer de información suficiente por otra vía, la Due Diligence se hace obligatoria para los administradores de Sigaar, pues de lo contrario, incurrirían en una conducta excesivamente arriesgada sin la información suficiente.

Esta exigencia se traduce en que contar con una Due Diligence arroja datos tan fiables de la sociedad, que su falta de realización constituye un indicio de que alguno de los administradores ha actuado en conflicto de interés, obteniendo un beneficio personal (*secret profit*), como es el caso, pues habiendo tenido el Sr. Fox a su disposición tanto la Vendors Due Diligence como el Informe financiero realizado por la empresa de auditoría que el mismo designó, resulta un tanto desconcertante, que únicamente se haya hecho patente las supuestas falsedades contables de Habanera, una vez que Sigaar ha adquirido las participaciones mayoritarias de Habanera,

Para determinar la responsabilidad del Vendedor habrá que atender a qué sabía el Vendedor o qué circunstancias de Habanera eran conocidas o podían ser conocidas por el Comprador, es decir, si se trataba de un vicio aparente. Deberá denegarse la responsabilidad de Habanera (Vendedor) si se ofreció la realización de la auditoría y el Comprador rechazó la oferta. En esta adquisición no se rechazó la realización de auditoría, sino que además fue la propia Sigaar la que nombró a Pufosa Asesores Financieros, precisamente para obtener datos fiables que determinasen el precio de la adquisición como reflejo de la imagen fiel.

Así, al ser una adquisición que supone asunción de elevado riesgo, se requiere una diligencia absoluta de los administradores de Sigaar para que adopten las precauciones tendentes a asegurar la concreción de datos fiables.

Parece razonable concluir que a la luz de las circunstancias del caso, deberá determinarse si en el momento de realizar una adquisición tan significativa como la de Habanera, ha sido suficiente haber realizado la auditoría para concluir que se produjo una actuación diligente e informada por parte de los administradores, pues la responsabilidad de los administradores sólo resulta cuando se producen daños referidos al precio de Habanera como consecuencia de haber rechazado la elaboración de un Informe de auditoría, pues esta se considera esencial para determinar la imagen fiel y exacta de la adquisición o; si por el contrario, deben ser los administradores de Sigaar responsables, aun habiéndose acometido un Informe de auditoría previo a la adquisición de Habanera, por el hecho de no haber examinado la posible contingencia referida al precio, pues tuvieron en su poder toda la información que arroja de la Vendors Due Diligence y del Informe de auditoría referida al precio.

El hecho de requerir un Informe de auditoría en aras a exonerar al Comprador de una eventual responsabilidad sobre la determinación de su precio, se debe a la magnitud de información que arroja y que permite analizar contingencias, así como, valorar un precio acorde a la situación de la Sociedad Target.

En este caso, se refleja una negligencia del Comprador, pues a pesar de haber entregado el Vendedor toda la información pertinente y, habiendo conestado en poder del Comprador toda la información relativa a la contabilidad, si realmente hubiera habido una falsedad contable, tendrían que haberse hecho patentes durante el proceso de Informe de auditoría y de Due Diligence.

Por tanto, la adquisición de participaciones de Habanera se ha adoptado con conocimiento cabal de todos estos extremos, por lo que resulta difícil, una vez producido el cierre de la Due Diligence, traer a colación falsedades en la contabilidad, pues precisamente, la Due Diligence tiene por objetivo verificar que las declaraciones y garantías arrojadas en el acuerdo de intenciones se corresponden con la realidad de la sociedad, de tal manera que de resultar contingencias es durante este proceso de realización de Due Diligence e Informe de auditoría cuando salen a la luz, y las partes vuelen a negociar las condiciones en el cierre de la Due Diligence para modificar los términos del contrato según las contingencias analizadas.

El hecho de manifestar la falsedad contable de Habanera una vez concluida el proceso Due Diligence, hace evidente la incongruencia de sus acusaciones, pues es evidente, que habiendo valorado el precio de adquisición de Habanera antes del cierre se pudo haber probado, otra vez

más la imagen fiel en la contabilidad de Habanera y la falsedad de las acusaciones vertidas por Sigaar.

La realización de Due Diligence plantea la cuestión de la relación entre las declaraciones y garantías del Vendedor y lo que el Comprador conoció o pudo haber conocido como resultado de la Due Diligence. En este caso, el precio se fijó en la cantidad solicitada por Sigaar que ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019. Así se firmó el acuerdo de intenciones de 15 de noviembre de 2019, que recogía los términos esenciales de la operación, en concreto, determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses. Posteriormente, a lo largo de todo el proceso de Due Diligence, no resultó ninguna contingencia ni modificación sustancial que recomendase alterar el precio fijado, por lo que los términos convenidos en las declaraciones y garantías no se alteraron en todo el proceso de Due Diligence.

Por todo ello, se puede apreciar un negligencia de los administradores mancomunados de Sigaar, pues habiendo tenido acceso a toda la información durante el proceso de Due Diligence, podrían haber puesto de manifiesto la existencia de una falsedad contable si ésta realmente hubiera existido, y no esperar la efectividad de la adquisición para manifestar dicha falsedad amparada por un mero Informe del departamento de contabilidad que no tiene validez ninguna.

Es decir, al amparo de los artículos 225 y 226 LSC se puede afirmar la transgresión de su deber general de diligencia, pues los administradores no han cumplido con las notas de actuar con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. También han quebrantado su deber de lealtad, previsto en el artículo 227 LSC, pues ni han ejercido fielmente el cargo, ni han obrado de buena fe, ni han actuado buscando el interés de la sociedad, esto es, no han actuado bajo los principios de responsabilidad ni independencia, pues habiendo tenido acceso a toda la información durante el proceso Due Diligence únicamente acusaron de una supuesta falsedad contable después de haber sido adquirida Habanera a la luz del Informe realizado por el propio departamento de contabilidad.

La responsabilidad de lo actuado por el Sr. Fox y el Sr. Roist, durante el proceso de adquisición de las acciones de Habanera a través del informe due diligence y el informe de auditoría para constituir la NewCo, aun siendo los administradores de Sigaar mancomunados, su responsabilidad es de carácter solidario aunque su actuación haya sido conjunta. Así el artículo 237 LSC reconoce el carácter solidario de todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo.

Consecuencia de lo anterior, podrá ejercitarse acción de responsabilidad contra los administradores mancomunados de Sigaar al amparo del artículo 236 y ss., de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Es decir, en caso de probarse que los administradores de Sigaar actuaron violando los deberes de diligencia y lealtad que le son encomendados previstos en el artículo 228 LSC, ejercitando sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas, pues tras un análisis pormenorizado durante el desarrollo de la Due Diligence se puso de relieve la transparencia contable de Habanera y, a pesar de ello, vertieron acusaciones falsas amparadas sólo por el Informe de su propio departamento contable; transgrediendo así el deber de diligencia impuesto por la ley y los estatutos (artículos 225 y 226 LSC) así como el deber

de lealtad impuesto (artículo 227 LSC), al no haber actuado de buena fe ni en beneficio del interés de la sociedad y el deber de evitar situaciones de conflicto pues han vertido acusaciones falsas para aprovechar una oportunidad de negocio (artículo 229 LSC).

También, podría justificarse que han incurrido en un delito de acusaciones falsas, pues conociendo la falsedad de sus manifestaciones, los administradores de Sigaar imputaron a Habanera ciertos hechos, que, de ser ciertos, constituirían infracción penal.

En consecuencia, el Sr. Fox y el Sr. Roist deberían haber mostrado una diligencia máxima para analizar cualquier contingencia que pudiese resultar del cálculo del EBITDA, pues se mostraba como punto esencial para determinar el precio del contrato, más aún, sabiendo que: el i) nombramiento de un auditor externo e imparcial, fue designado por la propia parte Compradora, ii) tras el análisis de auditoría, fue el propio Sr. Fox el que propuso la fijación del precio teniendo en cuenta los datos arrojados en la auditoría (parece que la determinación del precio en ocho veces el EBITDA le suponía un elevado margen de beneficios, pues así fue su voluntad fijarlo) y iii) el acceso que tuvieron a los estados contables, determinan la fiabilidad de los datos contenidos en la Vendors Due Diligence y el Informe financiero y iv) se les entregó toda la información que arrojaba luz suficiente para determinar la imagen fiel de Habanera. En caso de haberse producido una falsedad contable, se trata de error inexcusable que pudo haber sido previsto por los administradores de Sigaar o los auditores designados por los mismos. En consecuencia, por aplicación del principio general de la buena fe, el Comprador no podría reclamar posteriormente una indemnización por la materialización de una contingencia cuya existencia pudo haber conocido de forma fácil durante el Due Diligence.

1.2 Responsabilidad administradores NewCo una vez adquirida Habanera.

Acusar sobre la falsedad contable una vez producido el cierre de la Due Diligence, y adquiridas ya las participaciones de Habanera, tiene como único objetivo llevar a cabo un aumento de capital social de Newco por compensación de créditos, pues a través de esta acusación se pretende crear un crédito de Sigaar por la diferencia de valoración en el EBITDA de Habanera y así, excluir el derecho de adquisición preferente de Greed Group en esta ampliación de capital.

El objetivo de Sigaar es conseguir realizar un aumento de capital de conversión del crédito supuestamente debido por la valoración de acciones cuyo objetivo no es otro que diluir la participación del socio minoritario llegando incluso a operaciones acordeón que persiguen la expulsión definitiva del accionista.

Ante dichos comportamientos abusivos de la mayoría de Sigaar, la alternativa que podría tener Greed Group como socio minoritario no es otra que sería ejercitar su derecho de separación de NewCo forma posible negociando el mejor precio posible o, el valor razonable de su participación, pero del supuesto de hecho, deducimos que esta no es la intención de Greed Group.

Otro remedio a seguir sería impugnando el acuerdo por considerarse abusivo. El artículo 204 de la LSC permite la posibilidad de impugnar un acuerdo cuando este sea contrario a la Ley, a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de algún socio, siendo el caso concreto, pues

Sigaar ha vertido acusaciones falsas sobre Habanera, las cuales nunca han sido probadas, con el único fin de diluir su participación y hacerse con la mayoría del capital.

Este artículo también prevé la posibilidad de impugnar un acuerdo cuando concurre abuso por parte de la mayoría, pues aunque el acuerdo de ampliar el capital para compensar el supuesto crédito de Sigaar no hubiera causado daño al patrimonio social, se ha impuesto de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se ha impuesto de forma abusiva por Sigaar porque sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se ha adoptado con su mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de Greed Group. En el acta de la junta quedó expresado que el accionista minoritario de Newco (Greed Group) votó en contra del aumento de capital acordado por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar. Además, a juicio de Greed Group, el aumento de capital se había realizado con ánimo de diluir sustancialmente su participación en Newco. A resultas de la ampliación de capital, Sigaar controla ahora el 95% del capital, reflejando así la clara intención de Sigaar de hacerse con la mayoría.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, nº 87/2018, de 15 de febrero, proclama que es posible que algunos casos de abuso de la mayoría, más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan una verdadera infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios, como podría ser verter acusaciones falsas supondría una vulneración de la norma prevista en el artículo 456 CP y por ende, determinaría la nulidad de acuerdo.

Pero cuando la conducta hubiese consistido en el abuso de la mayoría por Sigaar con las características propia del abuso de derecho, esto es, un uso correcto del derecho subjetivo pero con extralimitación manifiesto de los límites del ejercicio de un derecho con el consiguiente daño a Greed Group, no habrá que acudir a la vía del artículo 7.2 del Código Civil (CC), puesto que existe una tipificación expresa de cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

Partiendo de la base de que el interés social es el interés propio de los accionistas de NewCo, ya que estos pretenden un fin común con la Sociedad, de manera que, el interés social compete a la mayoría rigiendo así, el principio democrático. De esta manera, la LSC permite que se declaren ineficaces los acuerdos sociales que sean desleales, bien con la propia sociedad o bien contra Greed Group como socio minoritario con el fin de vedar conductas que persigan intereses particulares a costa de la sociedad.

El artículo 204.1 párrafo segundo de la LSC permite la impugnación de aquellos acuerdos que a pesar de no causar daño al patrimonio social de la Sociedad, son atentatorios para la minoría, como puede ser el caso. Así pues, esta ampliación de capital no parece estar justificada y por ende, responde a una finalidad artificiosamente creada para diluir deslealmente la participación de Greed Group en el capital social, pues no se le concedió el derecho de suscripción preferente.

1.2.1 Impugnación del acuerdo social por ser contrario al orden público. Incumplimiento requisitos formales del artículo 301. LSC.

En primer lugar, no se cumplieron escrupulosamente los requisitos legales para llevar a efecto la ampliación de capital social, no constando en el Informe de los administradores al que se refiere el artículo 286 LSC, ni había necesidad de captar recursos para fortalecer el balance, mejorando

así los recursos propios de NewCo y con ello garantizar el pago de deudas financieras, pues no se ha acreditado la existencia de una deuda con Sigaar, al no haberse constatado la efectiva falsedad contable por Habanera.

Para llevar a cabo una ampliación de capital por compensación de créditos, tal como se pretende en el caso presente, el artículo 301.1 LSC requiere que, al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años. En este caso, no puede hablarse de ningún crédito de Sigaar vencido y exigible frente a NewCo ni a Greed Group, pues no se ha llegado a acreditar la falsedad contable acometida por Habanera que influya en el precio que pagó Sigaar para adquirir a la sociedad target necesario para acreditar la existencia del crédito. Por tanto, no se concurre la existencia de causa que determine la posibilidad de aumentar el capital para realizar conversión de crédito, manifiestamente inexistente, de Sigaar a cambio de acciones.

Tampoco se consigue mediante esta ampliación de capital reducir las deudas de la sociedad, ni dotarla de una mayor capacidad para hacer frente a las deudas tanto a corto como a largo plazo, pues ningún Informe así lo ha determinado, sino que se impone la voluntad del Sr. Fox.

Tanto es así, que no se ha cumplido con los requisitos exigidos por el artículo 301 LSC para supuestos de ampliación de capital por conversión de créditos, pues:

- i) No se ha puesto a disposición de los socios, al momento de celebrarse la Junta, un Informe del órgano de administración -en este caso, el Sr. Fox- sobre las características del crédito a compensar, la identidad de los aportantes, ni el número de acciones que deberían emitirse para compensar el crédito.

El contenido imprescindible de este Informe es la correcta identificación crédito que se va a compensar debiendo especificar el nombre su nombre como acreedor, y la declaración que es un crédito líquido y exigible, la supuesta fecha en que se hubiera contraído el crédito, y manifestación que al tiempo de la convocatoria ha sido puesto a disposición de los socios el Informe de los administradores.

Por tanto, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 18 de septiembre de 2019, el Informe del órgano de administración de NewCo sería un presupuesto imprescindible en aras a realizar una correcta ampliación de capital de este tipo y, sin estos requisitos, exigidos por el artículo 199 del Reglamento del Registro Mercantil, no se efectuará la correspondiente inscripción.

- ii) Esta ampliación tampoco cumple con haber puesto, en el momento de la Junta, a disposición de los socios una certificación del auditor de cuentas de la sociedad acreditando que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por el Sr. Fox sobre los créditos a compensar, sino que por el contrario, Sigaar solo ha manifestado verbalmente que su departamento de contabilidad ha identificado dicha falsedad contable, sin probar extremo alguno.

En este sentido cabe decir, que careciendo NewCo de auditor de cuentas propio, la certificación debería haber sido expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud del administrador único de NewCo, tal y como dispone el artículo 301.3 LSC. Así pues, el Informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar no es apto para servir como certificado suficiente que acredite la necesidad de llevar a cabo una ampliación de capital por compensación de créditos, pues carece de todo tipo de imparcialidad.

La omisión de este Informe de auditoría supone una presunción clara de la falsedad en la que ha incurrido el departamento contable de Sigaar sobre las acusaciones vertidas sobre Habanera, pues de haberse producido un error o falsedad en el cálculo del EBITDA, sería en el momento de ampliar el capital por compensación de créditos donde debería acreditarse por medio de auditor con el fin de justificar esta ampliación de capital.

Tampoco se ha emitido Informe por la sociedad auditora, a los fines previstos en el artículo 295 LSC, para verificar que el acuerdo del órgano de administración sobre el incremento del capital social se ha llevado a cabo cumpliendo las normas de auditoría con información adecuada al respecto, únicamente se cuenta con un Informe del departamento contable de Sigaar que no parece tener peso suficiente.

Por tanto, no habiendo certificación del auditor al que se refiere el artículo 301 LSC, no se podrá incorporar a la escritura pública, y por ello, tampoco podrá constar en la inscripción el nombre del auditor, la fecha de la certificación y que resultan exactos los datos relativos a los créditos aportados. Es decir, esta ampliación de capital no podrá surtir sus efectos.

Este informe del auditor requeriría haber emitido un Informe que prevea el resultado de su verificación, tutelando la protección tanto de los accionistas, como los terceros que se relacionen con la sociedad, en aras a garantizar que ese aumento de capital concierne a una real aportación patrimonial.

Esta exigencia se hace para garantizar una serie de principios como atribuir al administrador de NewCo la responsabilidad de ofrecer a los accionistas una información exacta sobre los créditos que se van a compensar en el aumento de capital.

En conclusión, no habiendo auditor de la propia NewCo como Sociedad Anónima ni habiendo obtenido certificación de auditor nombrado por el Registrador Mercantil, la incorrecta valoración de EBITDA de Habanera no se ha podido acreditar lo suficiente como para imponer una ampliación de capital por conversión de créditos abusiva.

- iii) Tampoco se ha cumplido con el deber que impone la ley de hacer constar en el anuncio de convocatoria de la junta general, el derecho de los accionistas de NewCo de examinar en el domicilio social el Informe del órgano de administración y la certificación del auditor de cuentas en casos de SA, así como dejar constancia de la

posibilidad de pedir el envío gratuito de dichos documentos; pues ni tan si quiera, se han formulado dichos documentos, dejando desamparado a Habanera.

Para elevar a público el acuerdo e inscribirlo en el Registro Mercantil, es necesario acompañar a la escritura, la expedición de la certificación en la que conste la aprobación de los acuerdos correspondientes a la ampliación de capital, la correspondiente modificación de estatutos sociales, y el Informe del órgano de administración. En este caso, no habiendo Informe de auditoría, difícilmente podrá surtir efectos este acuerdo abusivo de ampliación de capital por conversión de créditos. De esta manera, el incumplimiento de todos los requisitos del artículo 301 LSC referidos a ampliaciones de capital por conversión de créditos demuestra que el acuerdo no pueda incorporarse a la escritura pública que documenta la ejecución del acuerdo, pues ni existe ni Informe de administradores ni certificado de auditor para poder efectuarlo.

Como ejemplo ilustrativo, puede acudirse a la SAP de Madrid 22 de septiembre de 2017 y en la Resolución de la Dirección General Registros y Notariado (“DGRN”) 21/122/017 se refleja cómo se intentó hacer una conversión de capital de un crédito que el socio único que ostentaba frente a European i-On Investment Group, S.L, vencidos, líquidos y exigibles, habiéndose denegado la inscripción porque en la escritura pública de ampliación de capital no constaba el acuerdo de aumento de capital ni la fecha de generación del crédito frente a la sociedad. Podemos deducir, que las omisiones en el caso presente son aún mayores, de manera que la calificación de la inscripción seguramente sea negativa.

Así pues, en este sentido se podría impugnar el acuerdo por ser contrario al orden público, pues se han omitido las exigencias legales básicas impuestas en este tipo de acuerdos referidos a la ampliación de capital por compensación de créditos; no habiendo plazo de prescripción para su impugnación y estando legitimados a estos efectos cualquier interesado.

1.2.2 Impugnación del acuerdo social de ampliación de capital por abuso mayoría.

Debe analizarse aquí el derecho de suscripción preferente que podría corresponder a Habanera en supuestos de ampliación de capital por compensación de créditos. En este sentido, la Dirección General Registros y Notariado entiende que el derecho de preferencia surge en aquellos casos en los que el aumento de capital se realice con emisión de nuevas acciones o participaciones por medio de aportaciones dinerarias.

En esta línea, la SAP de Barcelona 20 de junio de 2013 o la SAP de A Coruña 13 de octubre 2010, reflejan supuestos de abuso de la mayoría por parte del socio mayoritario, con el fin de diluir la participación de los socios minoritarios mediante un aumento de capital por compensación de créditos, como es el caso de Greed Group.

Por medio de esta operación los mayoritarios intentan encontrar la forma de hacer una ampliación de capital por compensación de crédito, determinando que al tratarse de una aportación no dineraria Greed Group no tendría derecho a la suscripción preferente de acciones, por lo que ven diluida su participación. Es una forma eficaz de diluir la participación de Greed Group en NewCo,

pues los socios minoritarios suelen participar en el aumento mediante aportaciones dinerarias ya que, normalmente, no dispondrán de créditos contra la sociedad¹.

Otro caso análogo², se refiere a la realización del aumento de capital que aunque respete el derecho de suscripción preferente es abusivo por obligar al socio minoritario a entregar más dinero en manos del socio mayoritaria, pues de lo contrario, vería diluida su participación. Pero, cuando el mayoritario convierte créditos en participaciones, es mucho más difícil determinar que el aumento de capital tiene como única finalidad diluir a Greed Group, por ello se hace necesario que al impugnar el acuerdo social de aumento de capital, pueda revisarse el origen de los créditos que son objeto de compensación.

Antes de la Resolución que se va a comentar, podría haberse entendido que se atentó contra Greed Group como socio minoritario, al no haberle concedido la posibilidad de ejercitar su derecho de adquisición preferente, en proporción al porcentaje que ostentaban en la sociedad, contraviniendo así el artículo 304 LSC.

En este sentido, la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2020 , entiende que en un aumento de capital por compensación de créditos el contravalor no es dinerario, por lo que el resto de los accionistas no pueden ejercitar el derecho de suscripción preferente, sino que su tutela pasa únicamente por contar con armas para impugnar acuerdos sociales, ya sea por ser abusivos o contrarios a la Ley o los estatutos sociales. Por tanto, según lo establecido por la DGRN, Greed Group quedaría directamente excluida a su derecho de suscripción preferente en la sociedades anónimas.

No obstante, Greed Group como consecuencia de este aumento se ha visto perjudicada en cuanto a su participación en el capital social pues, Sigaar ha querido acusar falsamente a Habanera por una supuesta falsedad contable que altera la valoración del EBITDA de Habanera, creando un falso crédito a favor de Sigaar con el fin de poder recurrir la operación de ampliación de capital por conversión de crédito en NewCo. De esta manera Sigaar puede ampliar su participación en NewCo en detrimento de Greed Group, sin que sea menester ofrecer a Greed Group su derecho de suscripción preferente.

En definitiva, el aumento de capital por compensación de créditos es susceptible de ser impugnado, por ser contrario a la Ley, los estatutos y por lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros. Es decir, el departamento contable de Sigaar ha maquillado las cuentas para imputar una falsedad contable a Habanera y de esta forma hace surgir un crédito frente a la misma, con el fin de llevar a cabo de forma abusiva una ampliación de capital por compensación de créditos excluyendo así el derecho de suscripción preferente de Greed Group , consiguiendo así diluir su participación hasta el punto de conseguir casi la expulsión de Greed Group en NewCo.

¹ SAP de Coruña, nº 134/2011, de 30 de marzo de 2011 [15030370042011100128].

² SAP de Tenerife, nº 39/2012, de 24 de enero de 2012 [38038370042012100039].

1.3 Responsabilidad administradores (Sr. Fox y Sr. Roist).

De todo lo anteriormente expuesto, queda probado que el acuerdo impugnado se ha adoptado con una finalidad desleal y abusiva contraria al interés social de NewCO. El interés protegido en el artículo 204.1 II LSC es el de los socios, como es Greed Group, y resulta claro la lesión del interés social en beneficio del administrador de Sigaar (artículo 204.1 LSC), al no estar justificado en ningún extremo la ampliación de capital, más cuando con fecha previa ciertas acciones de Habanera fueron adquiridas por Sigaar con la finalidad de inversión e inyección de fondos, por lo que cualquier problema hubiese quedado resuelto en el momento de la adquisición de Habanera por Sigaar, respondiendo en esta ampliación de capital a una mera voluntad de diluir la participación de Habanera en la Newco, haciéndose así con el control mayoritario de NewCo.

El acto ilícito causado por el órgano de administración de Sigaar puede conllevar responsabilidad contractual (artículos 1101 y ss. del CC), extracontractual (artículos 1902 y artículo 1903.4º del CC), así como la responsabilidad prevista en los artículos 236 y ss. LSC, de tal forma que Greed Group vea reparado el daño causado con una indemnización por los perjuicios causados. Por el contrario, las normas del Derecho Penal sobre acusaciones falsas conllevaría una sanción por las infracciones o delitos cometidos.

En lo que aquí nos interesa, la responsabilidad prevista la LSC es aquella que proviene del incumplimiento de las obligaciones y deberes impuestos a los administradores en relación con el ejercicio de su cargo que les une con NewCo.

Así, el artículo 236 LSC prevé la responsabilidad del Sr. Fox y del Sr. Roist frente a NewCo, frente a Greed Group como socio minoritario y frente a los acreedores sociales, del daño que hayan causado por los actos u omisiones anteriormente comentados y que sean contrarios a la ley o a los estatutos o los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. Esta culpabilidad se presume, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. Es contrario a la ley pues este aumento persigue una finalidad fraudulenta como es expulsar y ver disminuida la participación de Greed Group en la Joint Venture. Así encontramos una acción ilícita porque provoca un daño a Greed Group, habiendo dolo por parte de Sigaar en su comisión, y un evidente nexo causal entre este daño y su acción, correspondiendo a Sigaar probar la falta de esta culpa.

La consecuencia de adoptar esta ampliación de capital sería exigir responsabilidad al administrador de NewCo, es decir, el Sr. Fox, pues es el que propone ampliar el capital al margen de los requisitos previstos en los artículos 301 y ss. LSC. El hecho de que el acuerdo lesivo haya sido adoptado o ratificado por la Junta General, no exonera de responsabilidad al Sr. Fox. Es decir, el Sr. Fox, como órgano de administración insta a adoptar un acuerdo y a pesar que se ratifique en Junta, no puede quedar exento de responsabilidad, más cuando la Junta viene representada en su mayoría por la propia Sigaar.

Es decir, los socios se reúnen para adoptar acuerdo de ampliación de capital y como requisitos se requiere un Informe de los administradores porque son estos los que informan a los accionistas de NewCo sobre la conveniencia de llevarlo a cabo, esto es lo que hace sustentar su voto. Es decir, la Junta General se ha dejado aconsejar por el Sr. Fox y por eso ha adoptado ese acuerdo, por lo

que el administrador no será exonerado en su responsabilidad aunque posteriormente se vote a favor en junta. Lo mismo ocurre cuando se aprueban las cuentas anuales o se adquirió Habanera, pues previamente han sido formuladas por el órgano de administración, y la junta se limite a aprobar algo que ya venía dado.

Además, el acuerdo en la Junta de socios se ha ratificado únicamente por los socios de Sigaar, por lo que resulta evidente que estos siguieron las instrucciones del administrador de Sigaar, el Sr. Fox.

Por tanto, la voluntad del órgano social se manifiesta mediante acuerdos de sus miembros. Es aquí donde los miembros del órgano de administración pueden transgredir el deber de diligencia que les incumbe, produciendo daños a NewCo y al socio minoritario Greed Group. Así, el Sr. Fox incurrirá en responsabilidad legal por incumplir con el imperativo legal sobre el deber general de diligencia que contempla la Ley, y por incumplir las funciones inherentes a su cargo.

Es menester, analizar si estamos ante un supuesto de responsabilidad individual dónde el Sr. Fox como administrador único, es el único responsable de haber convocado la Junta siendo el que recomendó llevar la ampliación de capital y abuso de su mayoría. O, si por el contrario, también debería responder el Sr. Glauser Roist, pues su nombramiento posterior parece tener por objeto dilucidar responsabilidades y, seguramente, la necesidad de adoptar el acuerdo de ampliación de capital también fue acordada por el Sr. Roist como administrador de hecho.

En este último supuesto y al amparo del artículo 237 LSC estaríamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria, pues todos los miembros del órgano de administración que hubiera colaborado en la realización del acto lesivo, a saber, la ampliación del capital social sin cumplir las exigencias legales y con abuso de la mayoría, responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél, siendo este punto importante para determinar si el Sr. Roist ha podido incurrir en responsabilidad como administrador de hecho en la adopción del acuerdo. Así, la responsabilidad de los administradores podría derivar de:

- La responsabilidad por ampliar capital social sin los procedimientos previstos en la ley;
- haber adoptado del acuerdo de forma abusiva con ánimo de diluir la participación de Greed Group; y
- no haber sido diligente en el proceso de adquisición de Habanera, realizando actos contrarios a la ley como contratar a departamento contabilidad para que hagan auditoría falsa.

En cualquiera de estos supuestos, para poder atribuir responsabilidad al administrador deberán concurrir tres requisitos básicos de responsabilidad, a saber, que exista una acción u omisión infractora de la norma, la producción de un daño o perjuicio y una relación de causalidad entre los mismos. Estos tres supuestos se dan de forma clara, pues hay una acción del administrador único, el Sr. Fox, consistente en convocar una Junta General para ampliar el capital sin que dicha operación estuviera justificada; se ha producido un resultado dañoso, como es reducir de forma abusiva la participación de Greed Group en la NewCo; y una relación de causalidad, pues la convocatoria el abuso de su mayoría producen una dilución de su participación.

El Sr. Fox y el Sr. Roist (en este caso en caso de probarse que intervino en la adopción del acuerdo como administrador de hecho) podría quedar exonerado de responsabilidad si prueba que actuó de forma acorde al deber de diligencia en consideración al hecho, o si prueba que no intervino en la producción del daño, o cuando no hubiera tenido conocimiento del acuerdo sin que su ignorancia pueda serle imputable o, habiendo tenido conocimiento del mismo, se opuso o hizo lo conveniente para evitar el daño causado NewCo o Greed Group. En este caso, no parece posible que pueda el administrador de NewCo exonerar su responsabilidad, pues no han actuado de acuerdo con la diligencia debida y se han causado daños al socio minoritario en detrimento de la sociedad, generando así una responsabilidad individual al administrador único de NewCo, Sr. Fox, al momento de acordar la ampliación de capital por compensación de créditos.

Así, para poder ejercitar la acción social contra el administrador, deberán probarse los siguientes extremos: i) Que el Sr. Fox haya producido un daño a la sociedad, ii) Que dicho daño se derive de la realización de actos contrarios a la ley o a los estatutos sociales o por haber sido efectuados sin la diligencia debida, como es maquillar las cuentas para acusar falsamente a Habanera de falsedad contable y así exigir una ampliación de capital por conversión de crédito derivado de la diferencia de precio en la valoración de Habanera, con ánimo de diluir al socio minoritario en su participación, iii) Que el Sr. Fox haya realizado el acto fraudulento o adoptado el acuerdo lesivo, o bien no habiéndolo acordado no se haya adoptado al mismo y, iv) Que el acuerdo para iniciar la acción se haya adoptado por la Junta General.

En cuanto a la acción social de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día³. No obstante, es probable que la acción contra el Sr. Fox no se acordase en Junta, pues en la mayoría del capital social está representado por Sigaar o de llegar a celebrarse la Junta, podría hablarse de un conflicto de interés, pues la mayoría del capital social del 75% viene representado por Sigaar, de tal manera que una votación de esta sociedad podría redundar en un conflicto de intereses, al ser la responsabilidad del administrador mancomunado de Sigaar la cuestión a tratar en dicha junta.

Únicamente, al amparo del artículo 190 LSC Sigaar no podría ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando estuviésemos ante un acuerdo que tenga por objeto excluirle como accionista de la sociedad. No obstante, en las Sociedades Anónimas, como es NewCo, esta prohibición solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista los estatutos, tal y como dispone el párrafo primero de este mismo artículo. La solución en estos supuestos de conflicto de interés viene por deducir del capital social para el cómputo de la mayoría las acciones que se encuentren en conflicto de interés.

Debe plantearse la legitimación de la minoría prevista en el artículo 239 LSC que ostenta Greed Group para entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés siempre que: i) Greed Group posea individual o conjuntamente una participación que les permita solicita la convocatoria de la Junta General, es decir, que representen al menos el cinco por ciento del capital social⁴, ii)

³ Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

⁴ Artículo 168 LSC “*Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar*”.

cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Por tanto, Greed Group que representa el 25% de NewCo tendría legitimación para entablar acción de responsabilidad frente a los administradores, pues seguramente, no se convoque la junta o, en caso de convocarse, el acuerdo será contrario a exigir responsabilidad al Sr. Fox, pues la mayoría de NewCo viene representado por la propia Sigaar, de la que el Sr. Fox es su administrador mancomunando.

Greed Group, como accionista minoritario, podrá ejercitar la acción social de responsabilidad directamente, sin necesidad de someter la decisión a la Junta general si la infracción del Sr. Fox se fundamenta en la infracción del deber de lealtad.

Por su parte, Greed Group podrá ejercitar la acción individual de responsabilidad prevista en el artículo 241 LSC, la cual es compatible con la acción social de responsabilidad, pudiendo ser ejercitadas cumulativamente. Esta acción individual es posible: si los actos del Sr. Fox han afectado directamente sus intereses, cuando hayan sido efectuados por el Sr. Fox infringiendo la legalidad vigente, en concreto, la propia de las ampliaciones de capital por conversión de crédito, o los Estatutos sociales o sin observar la diligencia con la que debían haber desempeñado el cargo.

1.4 Responsabilidad del departamento contable de Sigaar: falseamiento documento contable y delito acusaciones falsas para diluir participación de Greed Group.

Sigaar está incurriendo en un acto contrario a la ley, pues está instando a su propio departamento de contabilidad que maquillen las cuentas de Habanera una vez adquirida con el fin de ver reducido el valor de su adquisición y provocar una dilución de la participación de Habanera en NewCo. Greed Group deberá probar que no ha incurrido en responsabilidad.

En su punto segundo hace referencia al principio de responsabilidad solidaria aplicable a la actuación de los administradores. También habría que advertir la eventual responsabilidad penal derivada de: i) falsear el documento del departamento de contabilidad que determinó la existencia de falsedad contable, es decir, está incurriendo en falsedad documental y ii) delito de acusaciones falsas (que es únicamente de carácter personal).

En primer lugar, el departamento de contabilidad de Sigaar que elabora su propio Informe de auditoría debe ser inaceptable, pues al amparo del artículo 16.2º de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante, "LAC"), estaríamos ante un supuesto de incompatibilidad, pues se consideraría que el auditor de cuentas no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de una empresa o entidad, por el hecho de concurrir en la persona de los auditores principales responsables del trabajo circunstancias de situaciones personales, a saber, tener interés significativo directo en la entidad auditada derivado de un contrato. En todo caso, se entenderá que existe tal interés en el supuesto de poseer instrumentos financieros de la entidad auditada o de una entidad vinculada a ésta cuando, en este último caso, sean significativos para cualquiera de las partes. Este es el caso, pues el departamento de contabilidad de Sigaar cuenta con participación en Habanera y por ende, en NewCO, y es este

propio departamento de la sociedad Sigaar el que audita Habanera una vez que esta ha sido adquirida, por lo que hay una manifiesta incompatibilidad.

Dicha incompatibilidad se puede reafirmar si atendemos a la letra b) de este mismo artículo 16 LAC que dispone como causas de incompatibilidad estar incurso en circunstancias derivadas de servicios prestados, a saber, la prestación a la entidad auditada de servicios de contabilidad o preparación de los registros contables o los estados financieros. Es claro que en este supuesto el departamento de contabilidad de Sigaar -la cual tiene participación en Habanera – está prestando servicios a la sociedad auditada.

Una vez puesta de relieve dicha incompatibilidad, podemos encontrar dos actuaciones infractoras por parte de este departamento de contabilidad, a saber: i) maquillar el Informe para aplicar un EBITDA reducido a favor de Sigaar y, ii) realizar un Informe de auditoría sin tener la cualidad de auditor.

A estos efectos, el artículo 72 a) y j) LAC establece como infracción muy grave la emisión de Informes de auditoría de cuentas cuya opinión no fuese acorde con las pruebas obtenidas por el auditor en su trabajo, y cuando hubiera mediado dolo o negligencia especialmente grave e inexcusable. De la misma manera, el artículo 73 g) LAC establece como faltas graves la emisión de un Informe, identificándose como auditor de cuentas, en un trabajo distinto a los que se regulan en el artículo 1, o distinto a aquellos que, no teniendo la naturaleza de auditoría de cuentas estén atribuidos por ley a auditores de cuentas, cuando su redacción o presentación pueda generar confusión respecto a su naturaleza como trabajo de auditoría de cuentas.

Consecuentemente, el departamento de contabilidad de Sigaar ha incurrido en la responsabilidad civil prevista en el artículo 26 LAC de manera que el departamento contable de Sigaar deberá responder por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil. La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del Informe de auditoría.

1.5 Responsabilidad auditor designado por Sigaar en el proceso de adquisición Habanera.

Además, en caso que quieran probar una falsedad en la contabilidad de Habanera, Sigaar hubiese ejercido frente a los auditores designados por ellos mismos, es decir, frente a Pufosa Asesores Financieros acción de responsabilidad, pues les nombraron precisamente para analizar cualquier contingencia de Habanera. Así pues, en caso que esta auditora no haya comprobado dichas irregularidades, se deberían haber ejercitado frente a los mismos acción de responsabilidad al amparo del artículo 11 LAC.

No habiéndose ejercido esta acción frente a Pufosa Asesores Financieros por haber ocasionado un resultado dañoso a Sigaar o a los socios o terceros debe afirmarse la inexistencia de la conducta antijurídica del auditor y por ende, debe reputarse como falsas las acusaciones vertidas por Sigaar.

1.6 Demanda inicial de acuerdo con la decisión estratégica elegida.

Que como consecuencia de lo anteriormente expuesto, aconsejamos que procedan a demandar la situación comentada, adjuntado a estos efectos un borrador de demanda:

AL JUZGADO MERCANTIL DE VALENCIA QUE POR TURNO CORRESPONDA

CRISTINA QUINTANA MARTÍN, procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de GREED GROUP, S.A., como se acredita con la copia de la escritura de poder que se adjunta como documento nº 0, y domicilio a efectos de notificación en calle Goya, número 4, 1 dcha., 28004 Madrid (España) ante este Tribunal comparezco y como mejor proceda en Derecho expongo los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Que con la intención de Greed Group (la “Vendedora”) de buscar financiación distinta de la bancaria y la voluntad de Sigaar (la “Compradora”) en ampliar su actividad, han convenido en que la Compradora adquirirá una participación mayoritaria en NewCo para ampliar su red comercial y de negocio en los mercados caribeño y español. A estos efectos, el administrador mancomunado de Sigaar ha propuesto la constitución de una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“**Newco**”), que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera, de tal forma que Sigaar tuviese una participación mayoritaria en una sociedad ajena al grupo de sociedades encabezado por Greed Group.

SEGUNDO.- Para que Sigaar pudiese presentar su oferta económica por las acciones de Habanera, Greed Group puso a disposición de Sigaar un informe de revisión jurídica (*Vendors Due Diligence*), realizado por los abogados internos de Greed Group, que reflejaba la situación legal general de Habanera y un informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoría de reconocido prestigio en España, elegida por Sigaar: Pufosa Asesores Financieros.

A estos efectos de adjuntan como **documento nº 1** la Vendors Due Diligence, como **documento nº 2** el Informe de Auditoría y como **documento nº 3** los Informes de contabilidad de Habanera, los cuales reflejan la imagen fiel y transparente de los estados contables.

TERCERO.- Que una vez concluido este procedimiento de revisión, Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019. Así, el 15 de noviembre de 2019 las partes firmaron un acuerdo de intenciones en el que se describían los términos esenciales de la operación que se iba a realizar incluyendo la valoración de las participaciones. El día 20 de diciembre de 2019, Greed Group y Sigaar procedieron conforme a lo previsto en el acuerdo de intenciones, los cuales fueron elevados a públicos.

Se aporta como **documento n° 4** el acuerdo de intenciones firmado por ambas partes y como **documento n° 5** su elevación a público.

CUARTO.- Que tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, el Sr. Fox puso de manifiesto que se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, de forma que resultara un mayor precio por sus acciones, no habiéndose acreditado dicha situación a través de ningún informe de auditoría.

A estos efectos, se aporta como **documento n° 6** el informe del departamento contable de Sigaar donde se refleja que no fue realizado por un experto profesional e independiente careciendo de valor.

QUINTO.- Como consecuencia se entablaron un cruce de emails, entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox, en los que el primero reiteró al segundo que no iban a consentir las acusaciones vertidas contra Greed Group por las supuestas irregularidades contables de Habanera que, a juicio del Sr. Gekko, eran completamente infundadas.

Se aporta como **documento n° 7** los correos que niegan las acusaciones vertidas por Sigaar.

SEXTO.- Que en la Junta General Extraordinaria de Newco celebrada el 27 de abril de 2020 (válidamente convocada y constituida) se acordó el aumento del capital social de Newco por compensación del supuesto crédito de Sigaar. En el acta de la junta quedó expresado que el accionista minoritario de Newco (Greed Group) votó en contra del aumento de capital acordado por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar

Se aporta como **documento n° 8** el Acta de la Junta General donde se adopta dicho acuerdo con el único voto favorable de Sigaar y la oposición de Habanera, y donde refleja la inexistencia de los documentos requeridos como el Informe de administrador o que este informe no reflejaría con exactitud la existencia del supuesto crédito, pues no se ha contado con la opinión de un experto independiente, sino que únicamente se ha aportado la opinión del propio departamento contable de Sigaar.

SÉPTIMO.- En consecuencia Greed Group solicitó convocatoria de la Junta General para entablar la acción de responsabilidad contra el órgano de administración de NewCo, no habiendo sido convocada a estos efectos.

Se aporta como **documento n° 9** la solicitud de convocatoria de la Junta de accionistas para entablar acción de responsabilidad contra el Sr. Foz y el Sr. Roist.

Quedan designados los documentos n°1 a n°9 a efectos probatorios y del Registro Público.

A estos hechos son de aplicación los siguientes

I.

Fundamentos jurídicos formales

PRIMERO.- Jurisdicción y competencia.

Radicanado la Jurisdicción en el orden civil detenta la competencia objetiva el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, con base al artículo 86 ter 2 a) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) el cual dispone que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de materias que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.

El artículo 25 de Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, prevé la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro, que las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica.

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 52 LEC para los casos de impugnación de acuerdos sociales establece la competencia del lugar del domicilio social, es decir, en el domicilio social de NewCo fijado en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona (CP 08019).

SEGUNDO.- Procedimiento aplicable

El artículo 207 LSC establece cual es el procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales, disponiendo que para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así dispone:

“Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

El procedimiento para tramitar el proceso se regirá por lo dispuesto en el Título II de la LEC, artículos 399 y siguientes, en lo relativo al procedimiento ordinario.

TERCERO.- Legitimación

En aplicación del artículo 206.2 LSC, Greed Group tiene dispone de legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales contrarios al orden público. La impugnación del acuerdo por contrario al orden público podrá configurarse bajo la figura de litisconsorcio activo en caso de que Habanera sus accionistas o administradores, o los de Greed Group se quisieran personar en el procedimiento, pues este artículo 206.2 LSC dispone:

“Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero.”

Que, de forma subsidiaria, y en aplicación al artículo 206.1 LSC, Greed Group igualmente dispone de legitimación activa para impugnar el acuerdo social, en el caso de no entenderse el acuerdo contrario a la ley y a los estatutos, sino considerarse impuesto de forma abusiva por Sigaar, pues Greed Group representa más del 1% del capital social y tiene la condición de accionista.

La legitimación pasiva de la impugnación del acuerdo social corresponde, en virtud del artículo 206 apartado tercero LSC a la sociedad, y en concreto en la persona de su representante legal.

Que, la legitimación para entablar la acción de responsabilidad de los administradores en defensa del interés social corresponde, al amparo del artículo 239 LSC, corresponde al socio minoritario, en este caso Greed Group, pues representa la participación mínima exigible del 5%.

En aplicación del artículo 236.1 LSC, la legitimación pasiva para exigir responsabilidad a los administradores corresponde al Sr. Fox y, al amparo del artículo 236.3 LSC al Sr. Roist por haber incumplido los deberes de su cargo incurriendo dolo habiendo en este caso litisconsorcio pasivo necesario, llamando a formar litisconsorcio pasivo necesario. El artículo 12.2 LEC dispone:

» Litisconsorcio:

- 1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.*
- 2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.»*

De forma cumulativa, se procede a ejercitar la acción individual de indemnización por Greed Group por los daños causados por el órgano de administración de NewCo, ostentando a estos efectos legitimación activa al amparo del artículo 241 LSC.

CUARTO.- Objeto

La presente demanda se interpone contra el acuerdo social adoptado el 27 de diciembre de 2020.

QUINTO. Representación y defensa de las partes

Se cumple con la obligación de actuar con asistencia de abogado y representada por procurador.

SEXTO.- Plazo

El plazo para impugnar el acuerdo social por ser contrario al orden público es imprescriptible al

amparo del artículo 205 LSC. De forma subsidiaria, en caso de no estimarse la anterior acción, el plazo de impugnación del acuerdo social por considerarse impuesto con abuso de la mayoría prescribe en el plazo de un año desde la adopción del acuerdo en la Junta de Socios, que habiendo sido celebrada el 27 de abril de 2020 estamos, en ambos supuestos, dentro del plazo legal para impugnarlo.

II.

Fundamentos Jurídicos Materiales Materiales.

PRIMERO.- Que, en caso de haber existido irregularidades contables en Habanera estas se hubieran hecho patentes en el Informe de auditoría realizado por Pufosa Asesores Financieros, nombrada a instancias de la propia Compradora, pues este se hizo con el fin de determinar el valor fiel y real de las participaciones de Habanera. En caso de existir una verdadera irregularidad en la contabilidad de Habanera, la responsabilidad debe trasladarse de forma inmediata a los administradores de Sigaar pues habiendo tenido acceso a toda la información durante el proceso de Due Diligence, podrían haber puesto de manifiesto la existencia de una falsedad contable si ésta realmente hubiera existido Si, por el contrario, la acusación vertida sobre la falsedad en la contabilidad de Habanera resulta ser falsa, habrán incurrido en un delito de acusaciones falsas.

Por esta razón, se puede afirmar la transgresión del deber general de diligencia de los administradores de Sigaar, pues no han actuado de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. De esta manera, se entiende incumplido el artículo 226.1 LSC que dispone:

“En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.”

También se ha transgredido el deber de lealtad, previsto en el artículo 227 LSC, que impone la obligación de: *“desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*, pues ni han ejercido fielmente el cargo, ni han obrado de buena fe, ni han actuado buscando el interés de la sociedad, esto es, no han actuado bajo los principios de responsabilidad ni independencia, pues habiendo tenido acceso a toda la información durante el proceso Due Diligence únicamente acusaron de una supuesta falsedad contable después de haber sido adquirida Habanera a la luz del Informe realizado por el propio departamento de contabilidad.

La responsabilidad de lo actuado por el Sr. Fox y el Sr. Roist, como administradores mancomunados de Sigaar, es de carácter solidario aunque su actuación haya sido conjunta, pues a estos efectos el artículo 237 LSC dispone que:

“Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o,

conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.”

La legitimación pasiva para exigir responsabilidad a los administradores corresponde al Sr. Fox y, al amparo del artículo 236.3 LSC al Sr. Roist, como administrador hecho, por haber incumplido los deberes de su cargo incurriendo dolo, pues como el Sr. Fox como administrador dimisionario deja de ser responsable desde el momento de la inscripción de su cese, seguramente se acordó su restitución por el Sr. Roist en el momento de adopción del acuerdo contrario al orden público, con el fin de ver diluidas sus responsabilidad.

No obstante, no responderá aquel administrador que pruebe que no ha intervenido en la adopción, desconocía su existencia o, conociéndola hizo todo lo posible para evitar el daño, o al menos se opuso expresamente a la adopción del acuerdo.

Consecuencia de lo anterior, procedemos a ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores mancomunados de Sigaar al amparo del artículo 236 y ss., de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), al quedar probado que los administradores de Sigaar actuaron quebrantando los deberes de diligencia y lealtad que le son encomendados, ejercitando sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas pues (i) tras un análisis pormenorizado durante el desarrollo de la Due Diligence se puso de relieve la transparencia contable de Habanera y, a pesar de ello, vertieron acusaciones falsas amparadas sólo por el Informe de su propio departamento contable; (ii) los administradores mancomunados de Sigaar deberían haber mostrado una diligencia máxima para analizar cualquier contingencia que pudiese resultar del cálculo del EBITDA, pues se mostraba como punto esencial para determinar el precio del contrato, más aún, sabiendo que: el nombramiento de un auditor externo e imparcial, fue designado por la propia parte Compradora, tras el análisis de auditoria, fue el propio Sr. Fox el que propuso la fijación del precio teniendo en cuenta los datos arrojados en la auditoria (parece que la determinación del precio en ocho veces el EBITDA le suponía un elevado margen de beneficios, pues así fue su voluntad fijarlo) y (iii) el acceso que tuvieron a los estados contables, determinan la fiabilidad de los datos contenidos en la Vendors Due Diligence y el Informe financiero, de manera que en caso de haberse producido una falsedad contable, se trata de error inexcusable que pudo haber sido previsto por los administradores de Sigaar o los auditores designados por los mismos.

Esta culpabilidad se presume, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. Es contrario a la ley pues este aumento persigue una finalidad fraudulenta como es expulsar y ver disminuida la participación de Greed Group en la Joint Venture. Así encontramos una acción ilícita porque provoca un daño a Greed Group, habiendo dolo por parte de Sigaar en su comisión, y un evidente nexo causal entre este daño y su acción siendo Sigaar la obligada de probar la inexistencia de dichos elementos.

A estos efectos cabe establecer que el hecho de que el acuerdo lesivo haya sido adoptado o ratificado por la Junta General, no exonera de responsabilidad al Sr. Fox. Es decir, el Sr. Fox, como órgano de administración insta a adoptar un acuerdo y a pesar que se ratifique en Junta, no puede quedar exento de responsabilidad, más cuando la Junta viene representada en su mayoría por la propia Sigaar, habiendo sido únicamente ratificada por los socios de Sigaar, por lo que resulta evidente que estos siguieron las instrucciones del administrador de Sigaar, el Sr. Fox.

Que mi representada viene a ejercer la acción prevista en el artículo 239 LSC, que a estos efectos dispone:

“El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin (...).”

Representando más del 5% del capital social de NewCo podrá entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social pues los administradores no han convocado la junta general solicitada a tal fin.

SEGUNDO.- Asimismo, mi representada viene a ejercitar la acción individual de indemnización prevista en el artículo 241 LSC que pueda corresponder a Greed Group por los actos de los administradores de Sigaar que han lesionado directamente su interés. En relación con los daños irrogados a Greed Group podemos distinguir:

- (i) Daño patrimonial derivado de la dilución de Greed Group en la participación de NewCo, pues teniendo un 25% de la participación se pasa a un 5% del capital social, como consecuencia de esta ampliación de capital por compensación de créditos falseada por el departamento de contabilidad de Sigaar. Siendo el valor de cada acción de 1 euro y estando dividido el capital social de NewCo en 60.000 acciones, la dilución de la participación de Greed Group de 15.000 acciones a 3.000, se deduce en una pérdida patrimonial de 12.000 euros.
- (ii) Daño reputacional por la falsedad de las acusaciones vertidas por Sigaar a Greed Group, ascendente a la cuantía de 10.000 euros.

La totalidad de los daños irrogados a Greed Group ascienden a la cantidad de 22.000 euros.

Por ello, solicitamos la declaración de la responsabilidad del órgano de administración de NewCo, en los términos del artículo 236 LSC, esto es, al Sr. Fox que adoptó el acuerdo el 27 de abril de 2020 y al Sr. Roist como sucesor de este, y que ha colaborado como administrador de hecho deberán responder frente a Greed Group como socio minoritario y frente a los acreedores sociales, del daño que hayan causado por los actos u omisiones anteriormente comentados y que sean contrarios a la ley o a los estatutos o los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

TERCERO.- Venimos a impugnar el acuerdo social de ampliación por compensación de créditos acaecida con fecha 27 de abril de 2020, por entenderse abusivo al amparo del artículo 204 LSC pues la acusación sobre la falsedad contable, la cual nunca ha sido probada por Sigaar, una vez producido el cierre de la Due Diligence, y adquirida ya Habanera, tiene como único objetivo llevar a cabo un aumento de capital social de Newco por compensación de créditos, pues a través de esta acusación se pretende crear un crédito de Sigaar por la diferencia de valoración en el EBITDA de Habanera y así, excluir el derecho de adquisición preferente de Greed Group en esta ampliación de capital.

En este sentido se ha manifestado la DGRN en su Resolución de 7 de febrero de 2020 , que dispone que:

“en un aumento de capital por compensación de créditos el contravalor no es de carácter dinerario, por lo que la tutela de los accionistas no pasa por ejercitar este derecho de suscripción preferente, al que no tienen derecho, sino por contar con armas para impugnar acuerdos sociales, ya sea por ser de carácter abusivo o contrarios a la Ley o los estatutos sociales.”

Como consecuencia de este aumento con compensación de créditos Greed Group ha visto diluida su participación en el capital social pues, Sigaar ha creado un falso crédito con el fin de poder recurrir a la operación de ampliación de capital por conversión de crédito en NewCo. De esta manera Sigaar puede ampliar su participación en NewCo en detrimento de Greed Group, sin que sea menester ofrecer a Greed Group su derecho de suscripción preferente.

Por medio de esta operación los mayoritarios intentan encontrar la forma de hacer una ampliación de capital por compensación de crédito, determinando que al tratarse de una aportación no dineraria los accionistas no tienen derecho a la suscripción preferente de acciones, por lo que ven diluida su participación mediante la emisión de las participaciones correspondientes al aumento a un tipo inferior a su valor real.

En definitiva, el hecho de que el departamento contable de Sigaar haya maquillado las cuentas para imputar una falsedad contable a Habanera y de esta forma hace surgir un crédito frente a la misma, con el fin de llevar a cabo una ampliación de capital por compensación de créditos excluyendo así el derecho de suscripción preferente de Greed Group , consiguiendo así diluir su participación hasta el punto de conseguir casi la expulsión de Greed Group en NewCo el aumento de capital por compensación de créditos es susceptible de anulación al amparo del artículo 204.1 LSC, que dispone:

“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, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo 87/2018, de 15 de febrero, proclama que *“más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan una verdadera infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios”*, como podría ser verter acusaciones falsas supondría una vulneración de la norma prevista en el artículo 456 CP y por ende, determinaría la nulidad de acuerdo.

De esta manera y al amparo del 204.1 II LSC queda probado la lesión del interés social en beneficio del administrador de Sigaar (artículo 204.1 LSC), al no estar justificado en ningún extremo la ampliación de capital, más cuando con fecha previa ciertas acciones de Habanera fueron adquiridas por Sigaar con la finalidad de inversión e inyección de fondos, por lo que cualquier problema hubiese quedado resuelto en el momento de la adquisición de Habanera por

Sigaar, respondiendo en esta ampliación de capital a una mera voluntad de diluir la participación de Habanera en la Newco, haciéndose así con el control mayoritario de NewCo.

CUARTO.- Venimos a impugnar el acuerdo social de 10 de marzo de 2020 por ser contrario al orden público, pues la ampliación de capital objeto de impugnación no cumplió con los requisitos legalmente previstos en el artículo 301 LSC pues el Sr. Fox no elaboró el Informe de los administradores al que se refiere el artículo 286 LSC, ni justificó la necesidad de captar recursos para fortalecer el balance para mejorar los recursos propios de NewCo ni se acreditó la existencia de una deuda con Sigaar, al no haberse constatado la efectiva falsedad contable.

A estos efectos la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 18 de septiembre de 2019, establece que:

“el Informe de los administradores es presupuesto imprescindible para llevar a cabo una correcta ampliación de capital de este tipo y, sin estos requisitos, exigidos por el artículo 199 del Reglamento del Registro Mercantil, no se efectuará la correspondiente inscripción”.

Tampoco se acreditó, en cumplimiento del mencionado artículo, la existencia de un veinticinco por ciento de los créditos a compensar fuesen líquidos, vencidos y exigibles. En este caso, no puede hablarse de ningún crédito de Sigaar vencido y exigible frente a NewCo ni a Greed Group, pues no se ha llegado a acreditar la falsedad contable acometida por Habanera que influya en el precio que pagó Sigaar por adquirir a la sociedad target. Por tanto, no se concurre la existencia de causa que determine la posibilidad de aumentar el capital para realizar conversión de crédito, manifiestamente inexistente, de Sigaar a cambio de acciones.

Tampoco se cumplió con la obligación de poner a disposición de los socios una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que, acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar, sino que por el contrario, Sigaar solo ha manifestado verbalmente que su departamento de contabilidad ha identificado dicha falsedad contable. Por tanto, no habiendo certificación del auditor al que se refiere el artículo 301 LSC, no se podrá incorporar a la escritura pública, y por ello, tampoco podrá constar en la inscripción el nombre del auditor, la fecha de la certificación y que resultan exactos los datos relativos a los créditos aportados.

Remisión al **documento nº 6** el documento del departamento de contabilidad que refleja la inexistencia de valor formal por no haberse firmado por un experto profesional.

Tampoco se ha cumplido con el deber que impone la ley de que el anuncio de convocatoria de la junta general, se haya hecho constar el derecho que tendrían los socios de examinar en el domicilio social el Informe de los administradores y la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos; pues ni tan si quiera, se han formulado dichos documentos.

Se adjunta como **documento n° 5** la denegación de inscripción por el Registro Mercantil estableciendo como defectos insubsanables por no haber completado el Informe del órgano de administración, ni el informe de auditoría.

Por todo ello, no ha quedado acreditado por parte de Sigaar la existencia de un crédito vencible, líquido y exigible, (ii) no se ha puesto a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social, (iii) no se ha puesto a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que, acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar, en este caso por el auditor designado por el Registrador Mercantil y, (v) no constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores y, en el caso de sociedades anónimas, la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos, y;

QUINTO.- Que, de forma subsidiaria y en caso de no estimarse la impugnación del acuerdo por ser contrario al orden público, venimos a impugnar el acuerdo por haber sido impuesto de forma abusiva por la mayoría, en los términos del artículo 204.1 párrafo segundo que a estos efectos dispone:

“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.”

De esta forma puede quedar acreditado el abuso por parte de Sigaar, pues aunque el acuerdo de ampliar el capital para compensar el supuesto crédito de Sigaar no hubiera causado daño al patrimonio social, se ha impuesto de manera abusiva por la mayoría ya que sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se ha adoptado con su mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de Greed Group.

SEXTO.- En el artículo 727.10º LEC se establece la posibilidad de que se soliciten como medidas cautelares la suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante, en este caso, Greed Group, representen, al menos, el 5% del capital social, de manera que teniendo dicha Sociedad un 5% tras la adopción del mencionado acuerdo abusivo, estará legitimado a ello. En este caso existe la necesidad de adoptar la medida cautelar, pues se está produciendo una violación de sus derechos económicos y políticos como accionista y se está perjudicando su nombre y patrimonio también, ya que el demandado vertiendo acusaciones falsas sobre mi representada está perjudicando la reputación de mi representada al mismo tiempo que está perjudicando directamente patrimonio al diluir abusivamente su participación en NewCo, a lo que se debe poner fin de inmediato, sin poder esperar a que el juicio termine.

Como se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 28, recurso nº. 217/2012, de 20 de julio de 2019 se cumplen los requisitos necesarios del artículo 728 LEC para su adopción:

El requisito del peligro por la de mora procesal ("periculum in mora") se cumple porque existe un riesgo, racionalmente previsible y objetivo, de que la parte demandada se pueda aprovechar del estado de pendencia inherente a la duración del proceso para hacer inefectiva la tutela judicial que podría otorgarle la sentencia resolutoria y se evitan así situaciones susceptibles de impedir o dificultar la efectividad de lo que pudiera obtener la otra parte en el procedimiento principal. Es decir, existe la mera probabilidad de que se vayan a producir durante la tramitación del proceso acontecimientos, como imponer acuerdos logrados con su ficticia mayoría del 95%, que interfieran en la eficacia de la tutela que en su día pudiera otorgarse.

También se cumple con el requisito de apariencia de buen derecho ("fumus boni iuris"), pues como se ha expuesto a lo largo de la demanda, existe justificación que lo más probable es que el derecho que trata de ejercitar en el litigio principal vaya a merecer un juicio favorable, teniendo todos los fundamentos el grado de solidez necesario para motivar la concesión de la tutela cautelar.

A estos efectos, nos ofrecemos a prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

SUPlico A LA SALA.- Que teniendo por presentada en tiempo y forma este escrito con los documentos que se acompañan y con devolución del expediente, y teniendo por formulada demanda contra el acuerdo social impugnado, la estime y:

- (i) Se declare la responsabilidad del órgano de administración de NewCo, en los términos del artículo 236 LSC, esto es, al Sr. Fox que adoptó el acuerdo el 27 de abril de 2020 y al Sr. Roist como sucesor de este, y que ha colaborado como administrador de hecho deberán responder frente a Greed Group como socio minoritario y frente a los acreedores sociales, del daño que hayan causado por los actos u omisiones anteriormente comentados y que sean contrarios a la ley o a los estatutos o los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.
- (ii) Se acuerde la indemnización de daños y perjuicios por los daños irrogados, a mi representada ascendentes a la cuantía de 22.000 euros, consistentes en:
 - Daño patrimonial derivado de la dilución de Greed Group en la participación de NewCo, pues teniendo un 25% de la participación se pasa a un 5% del capital social, como consecuencia de esta ampliación de capital por compensación de créditos falseada por el departamento de contabilidad de Sigaar. Siendo el valor de cada acción de 1 euro y estando dividido el capital social de NewCo en 60.000 acciones, la dilución de la participación de

Greed Group de 15.000 acciones a 3.000, se deduce en una pérdida patrimonial de 12.000 euros.

- Daño reputacional por la falsedad de las acusaciones vertidas por Sigaar a Greed Group, ascendente a la cuantía de 10.000 euros;
- (iii) se declare la nulidad y se deje sin efecto el acuerdo social impugnado por ser contrario al orden público pues y,
- (iv) que, de forma subsidiaria, se estime la impugnación del acuerdo social por considerarse impuesto de forma abusiva por la mayoría de Sigaar.
- (v) Todo ello con expresa imposición de costas al demandado.

PRIMER OTROSÍ DIGO.- Que, conforme al artículo 284 LEC, interesa a esta parte recibimiento a

PRUEBA

- I. **DOCUMENTAL.-** Solicitamos se tengan por reproducidos todos los documentos aportados en el presente escrito.

SUPLICO NUEVAMENTE AL JUZGADO que tenga por presentada la anterior manifestación.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO.- Que, teniendo por recibida la solicitud de medidas cautelares, se digne admitirla, (y practicándose la prueba documental que se propone), dicte auto por el que se acuerde la medida solicitada o la que se estime más procedente.

MEDIDA CAUTELAR

- I- Que, conforme al artículo 727 LEC, interesa a esta parte solicitar como medida cautelar la suspensión de acuerdos sociales siendo la pretensión ejercitada en el proceso principal es la impugnación del acuerdo social adoptado el 27 de abril de 2020.

SUPLICO NUEVAMENTE AL JUZGADO que tenga por presentada la anterior manifestación.

Es justicia que pido y firmo en Valencia, a 15 de diciembre de 2020.

Firmado por el Sr. X
En nombre y representación de Greed Group, S.A

2. BASE JURÍDICA SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN.

2.1 Ajuste de precio

En lo que respecta a la reclamación del crédito derivado por la supuesta falsedad contable que determinó el EBITDA para fijar el precio, además de lo dispuesto en el epígrafe anterior, debe tenerse en cuenta que a pesar de la existencia de distintos mecanismos destinados a tutelar el interés patrimonial del Comprador en lo que respecta a las contingencias detectadas en la Due Diligence, en el proceso de adquisición de Habanera no se pactaron cláusulas de ajuste del precio e *indemnities*, es decir, no se fijó la posibilidad de fijar ajuste alguno, sino que se acordó el pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA del ejercicio 2019.

Así, en las operaciones de compraventa de acciones o participaciones sociales, existen distintas vías para determinar el precio en aras a evitar inexactitudes en la valoración de la sociedad Target. Estas alternativas son:

- i) Modelo completion accounts: aquí se produce un ajuste en el precio posteriormente a la fecha de cierre de la operación. Así pues, una vez vendida Habanera (Sociedad Target), una de las partes, en este caso el Comprador con el auditor elegido por el mismo, prepara los estados financieros de la sociedad adquirida a fecha de cierre, tomando como referencia los métodos de cálculo acordados por las partes en el contrato, en este caso, en relación con el EBITDA, para realizar el correspondiente ajuste del precio correspondiente.

En el caso de adquisición de acciones de Habanera no se ha previsto ninguna forma de modelo completion accounts, pues se ha estipulado un precio cerrado correspondiente al importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019, tomando como previsión de resultados el cierre del ejercicio 2019.

Este modelo de ajuste de precio transmite el riesgo económico del negocio de la Sociedad adquirida a la fecha de cierre.

- ii) Modelo locked box: es un balance antes de la firma que permiten la fijación del precio teniendo como parámetro la magnitud del EBITDA (resultado antes de impuestos multiplicado por X).

Sería el caso en que las partes pactan un precio fijo, no susceptible de ajuste posterior al cierre, tomando como valor como punto de referencia los estados financieros de las Sociedad Target en un fecha concreta anterior al cierre. Por ende, después del signing no es menester preparar unos estados financieros a fecha de cierre ni verificar los parámetros fijados para valorar la compañía, ni por tanto, realizar ajuste alguno al precio pagado por el Comprador.

La única excepción se refiere a la existencia de inexactitudes en los estados financieros garantizados por el Vendedor al Comprador en las declaraciones y garantías del contrato de compraventa. En este caso no ha habido inexactitudes pues después de concluir tanto la Vendedora Due Diligence como el Informe de auditoría no se han mostrado discrepancias según lo acordado, pareciendo reflejar ambos Informes de revisión la imagen fiel y transparente.

En los modelos de locked box, la fecha de transmisión del riesgo económico de la Sociedad Adquirida a Sigaar se produce en fecha anterior a la firma del contrato, esto es, en el momento de fijación de referencia de los estados financieros, que en nuestro caso se fijan según la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

En este modelo permite al Vendedor tener control sobre el proceso de preparación de los estados financieros del ejercicio 2019 en base a los que se determinará el precio de compraventa final. Por tanto, Sigaar deberá cerciorarse de prestar especial atención a los Informes de auditoría sobre los estados financieros de 2019.

Aunque en estos supuestos el Comprador suele exigir garantías adicionales al Vendedor, tales como, compromisos adicionales del Vendedor para dirigir eficientemente la sociedad entre la fecha de los estados financieros de referencia y la fecha de cierre, o un derecho de retención de parte del precio de compraventa en garantía de posibles leakages, en este supuesto no se han previsto garantías de ningún tipo, seguramente porque Sigaar al proponer el precio sabía que estaba obteniendo una ventaja en su determinación.

En ambos supuestos se requieren estipulaciones contractuales que establezcan los mecanismos a través de los cuales se calculará el importe a pagar. Estas cláusulas incluyen referencias sobre el EBITDA o sistemas de verificación a cargo de un experto independiente, como en este caso el Informe de Pufosa Asesores Financieros.

Sigaar estará interesado en utilizar el modelo de ajuste del precio de compraventa, pues en caso de producirse una eventual modificación del negocio de Habanera hasta la fecha de cierre de la operación, producirá efectos sobre el precio. A Greed Group, por el contrario, le conviene utilizar el modelo de locked box, pues le permite conocer el precio final de compraventa desde la fecha de la firma del contrato de compraventa.

La utilización del modelo locked box aconseja que el Comprador haya realizado una exhaustiva Due Diligence financiera de la sociedad a adquirir, por lo que no parece que en el caso presente pudieran haber discrepancias futuras sobre el precio, pues i) a la luz del Informe de auditoría de Pufosa Asesores Financieros, Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019, ii) Sigaar pudo analizar los estados financieros de Habanera de forma exhaustiva a través del Informe de auditoría encargado a la propia firma de auditoría elegida por Sigaar, iii) las partes determinaron un precio cerrado en la adquisición de acciones de Habanera, por lo que Sigaar suponemos que ha desplegado la máxima diligencia para analizar cualquier contingencia en los estados financieros de Habanera, y iv) tras haber analizado Pufosa Asesores Financieros los estados financieros de Habanera, las partes decidieron elevar a público las declaraciones y garantías sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, de manera que

puede suponerse la conformidad de las partes con los el Informe de auditoría y con la fijación del precio.

El 10 de marzo de 2020 se reunieron en Miami Beach los representantes de Sigaar y de Greed Group y, el Sr. Fox puso de manifiesto que, tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, de forma que resultara un mayor precio por sus acciones. Debe analizarse si el posible incremento del EBITDA es certero y, en caso de serlo, si se debe a las propias fluctuaciones de la Sociedad adquirida o derivan de determinadas irregularidades contables cometidas por Habanera, para incrementar el EBITDA y así estar ante un mayor precio de sus acciones.

En este sentido cabe puntualizar que:

- i) Las partes han fijado el precio de adquisición de Habanera, no resultando ser lo mismo el precio que valor. El precio es el acordado por Sigaar y Greed Group entre sí, con independencia del valor que efectivamente pudiera atribuirse a las acciones de Habanera y, todo ello, por la posible existencia de determinados intangibles como fondos de comercio, valor de marcas, derechos de traspaso, gastos de I+D. Podría interpretarse que, independientemente del conocimiento por el Comprador de la existencia de la contingencia, las partes convinieron contractualmente que el riesgo de su materialización reposaría sobre el Comprador, pues se fijó en base a un método lock down que traslada el riesgo al Comprador desde el momento de referencia del precio fijado.

Se ha determinado el precio de la adquisición por ocho veces el EBITDA. Aun en el caso de haberse producido falsedad contable, es un precio determinado en las R&G, que no tiene por qué coincidir con el valor real de la empresa. De esta manera, el 15 de noviembre de 2019 las partes firmaron un acuerdo de intenciones 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, las cuales fueron además elevadas a público.

- ii) El traslado del riesgo al Comprador se produjo en el momento de determinación como referencia el EBITDA del ejercicio 2019, por lo que tratar de modificar la valoración una vez adquirida Habanera, parece estar fuera del espacio temporal en que debe responder el Vendedor.
- iii) El Informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoría de reconocido prestigio en España, Pufosa Asesores Financieros, fue elegido a instancias de la propia Sigaar. Una vez realizado el Informe de auditoría fue, de nuevo, la propia Sigaar ofreció, a la luz del resultado arrojado en el Informe, el pago de las acciones correspondientes de Habanera por un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019.
- iv) Sigaar es una sociedad inversora que determina su mayor nivel de conocimiento y experiencia en estos casos, de manera que difícilmente se podrá haber engañado a sus administradores en lo que respecta a la determinación del precio. Por el contrario, el interés

de nombrar a dicha firma de auditoría y, una vez analizados los ratios contables de Habanera, proponer el precio de adquisición, parece presumir que Sigaar tenía interés en cerrar la operación a dicho precio y a la mayor brevedad.

El problema sería mayor si hubiera declaraciones no referidas a contingencias sino a hechos ciertos, por ejemplo, tal y como acusa Sigaar, el supuesto en que el Vendedor durante el Due Diligence haya entregado información contable al Comprador que al final no resulte veraz. En tal caso, habría que plantearse cuál era la intención de las partes en el contrato, pues si el contrato se basaba en que lo que el Comprador conoció o pudo haber conocido por la realización de la Due Diligence y el Informe de auditoría exime al Vendedor de las obligaciones derivadas de las declaraciones contractuales realizadas.

La eficacia de ambas opciones podría verse afectada por la aplicación del principio general de la buena fe, es decir, si Greed Group aportó toda la información a Sigaar para poder analizar el precio real de la adquisición, brindando la posibilidad de hacer un Informe de auditoría para su corroboración y Sigaar no se opuso a la determinación de dicho precio, sino que únicamente acusó a Greed Group, una vez adquiridas las participaciones de Habanera, de falsedad contable para poder hacer una ampliación de capital por compensación de este supuesto crédito de Sigaar contra Newco, entonces parece resultar una transgresión de la buena fe de Sigaar tendente a diluir la participación de Habanera como socio minoritario.

- v) La nueva valoración del EBITDA de Habanera, concluida la operación de adquisición de la Sociedad Targert, se ha realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, por lo que no arroja fiabilidad suficiente en base a lo expuesto en el epígrafe primero.

En conclusión, la adquisición de las participaciones de Habanera se ha llevado a cabo por el modelo locked box o precio cerrado teniendo como parámetro el valor del EBITDA y, se ha contado con la opinión de un auditor nombrado a instancias de Sigaar y a resultas del mismo, fue la propia Sigaar quien ofreció un precio cerrado, basado en el modelo locked box, equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros. Esta previsión se trasladó al acuerdo de intenciones, el cual fue elevado a público, de manera que puede suponerse la conformidad de las partes con los el Informe de auditoría y con la fijación del precio. Además, puede presumirse que, en la labor de realización del Informe financiero, el auditor tuvo acceso a todos los libros contables y en caso de haber una falsedad contable se hubiera hecho patente en este momento. De manera que, no habiéndose producido ninguna salida de caja a favor del Vendedor o de partes vinculadas a éste como pagos de dividendos o de *management fees*, desde la de referencia hasta la fecha de cierre (*leakage*), el Vendedor no deberá indemnizar su importe al Sigaar.

2.2 Saneamiento por vicios ocultos.

En este punto se va a analizar la responsabilidad que podrían reclamar a Greed Group frente al Comprador, por los daños que se deriven de los incumplimientos surgidos de la inexactitud de las manifestaciones y garantías (Representations & Warranties - R&W) en relación a los activos, pasivos y, el negocio de la sociedad adquirida.

La finalidad de las manifestaciones y garantías es dar certeza a Sigaar, en el momento de la firma del contrato, sobre el objeto adquirido. Estas R&W fueron reiteradas en la fecha de cierre, pues no se encontraron contingencias ni cambios a lo largo del proceso de adquisición de Habanera. En caso de ulteriores discrepancias habrá que atender a las Manifestaciones y Garantías en lo que se refiere al saneamiento por vicios ocultos, y al régimen legal de responsabilidad del Código Civil para el caso de que el Vendedor no fuera titular de las acciones/ participaciones transmitidas.

No obstante, si no se lleva a cabo el proceso anterior Sigaar dispone de varias vías en el Derecho privado a las que puede acudir. Entre ellas, las denominadas acciones edilicias, como la acción redhibitoria que permite rescindir el contrato o, la acción *quanti minoris*, prevista en el artículo 1486 CC, a la que preferiblemente el Comprador querrá optar pues no está interesado en resolver el contrato. No obstante, se trata de una acción sujeta a un plazo de caducidad de seis meses cuyo ejercicio, además, no puede prosperar cuando el Comprador es un perito, estando claro en este caso que Sigaar es un profesional entendido en la materia.

Así, en caso de prosperar la acción *quanti minoris*, el Comprador podría ver reducido el precio pagado por Habanera en función de la magnitud del vicio oculto. Los vicios ocultos son los defectos en la cosa vendida que la hacen impropio para el fin o pueden ver disminuido su valor, de tal manera que de haberlo conocido Sigaar no lo hubiese adquirido o la hubiera adquirido por valor inferior. Esta acción de saneamiento por vicios ocultos sólo obliga a responder al transmitente de los vicios ocultos, pero no por defectos manifiestos ni evidentes que podrían haber sido fácilmente conocidos por el adquirente, más aún cuando cuenta con la ayuda de un experto independiente, a saber, el auditor Pufosa Asesores Financieros que implica haber tenido una mayor diligencia y profesionalidad apta para haber conocido una supuesta falsedad en la contabilidad de Habanera que redujese el valor de adquisición de la Sociedad Target.

Es decir, siendo el precio un elemento esencial del contrato, parece evidente que el auditor, además de su profesionalidad, analizó exhaustivamente toda la información, pues fue designado por el Comprador que preferiría pagar un precio menor y por ende, le hubiese mostrado cualquier contingencia en la contabilidad.

Este régimen de responsabilidad permite al Comprador solicitar al Vendedor el resarcimiento de los daños que le hayan causado perjuicio surgidos con fecha previa al cierre de la operación de adquisición de Habanera, es decir, antes de que se produzca el cambio de control de la Sociedad adquirida, pues es en este momento cuándo los riesgos se trasladan al Comprador. Aquí estaría alegado un vicio oculto referido a la falsedad de la contabilidad del ejercicio 2019.

Al estar ante un supuesto de compraventa, se puede aplicar de forma supletoria las reglas contenidas en el Capítulo IV del Código Civil. La adquisición de Habanera acaece a través de un procedimiento amparado en la Due Diligence, por lo que este contrato determinará la responsabilidad de las partes y las posibles consecuencias a través de las Manifestaciones y Garantías.

En este sentido se han producido controversias sobre la aplicación del saneamiento por vicios ocultos previstas en el Código Civil a este contrato de compra de Habanera y su relación con las declaraciones y garantías. La transferencia de las acciones tiene como finalidad la cesión de la

titularidad por lo que las obligaciones de saneamiento por vicios ocultos deben aplicarse considerando la realidad de Habanera y no solo la de las acciones.

En esta línea se pronuncia la sentencia comentada, pues los Compradores adquirieron las acciones representativas del capital de una sociedad en contraprestación de un precio que había determinado sobre la base de un balance aportado por los Vendedores. El Comprador ejerció la acción *quanti minoris* y, subsidiariamente, la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, alegando error y dolo⁵, pues según el mismo se había producido un falseamiento en la contabilidad. El Tribunal Supremo concluyó que la primera acción no puede ser aplicada al caso, ya que el objeto inmediato del contrato son las acciones y no el patrimonio de la sociedad, por lo que esta idea debe ser aplicada de forma análoga a la supuesta responsabilidad de Greed Group. Asimismo, se desestima la acción de anulabilidad por considerar que el error no era excusable y tampoco concurrió dolo pues se concedió al Comprador la oportunidad de llevar a cabo una auditoría contable, tal y como sucede en nuestro caso y que se refleja como resultando una imagen fiel y exacta de Habanera.

Así pues, si Sigaar alegase un posible vicio oculto derivado del valor inferior de Habanera al realmente sufrido, Greed Group podría defenderse al amparo del artículo 1484 CC que preceptúa que el Vendedor no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco los que no estén, si el Comprador es un perito, que por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos. Este supuesto falseamiento de la contabilidad que se manifiesta una vez adquirida Habanera tras el proceso de Due Diligence e Informe de auditor, no puede ser alegado por el Comprador para obtener un ajuste del precio, pues habiéndose producido una análisis de la información financiera por experto independiente, no puede ejercitarse la acción de saneamientos por vicios ocultos.

Algunos autores consideran en estos casos no aplicarían las normas del Código Civil relativas a la evicción y saneamiento del Vendedor, en este caso, al valor de las acciones en relación con la determinación contable del EBITDA, pues estas normas se refieren sólo a vicios en el objeto directo de la compraventa como son las acciones de la sociedad vendida y las distintas contingencias que pueden afectar a estos activos no afectan la cosa vendida (*shares*), en cuanto vicio, salvo que supongan un gravamen oculto o una disminución del valor de estas acciones pero aquí únicamente se refiere a la determinación del valor de las participaciones de Habanera por lo que dicha controversia no es aplicable al caso.

Esta dificultad ha sido abordada por la doctrina justificando la necesidad de incluir declaraciones y garantías en el contrato de compraventa de empresa. En cualquier caso, en el caso presente, se discute el valor de las acciones, por lo que entendemos sería aplicable el saneamiento por vicios ocultos, a lo que resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 1484 CC, y por ende, no se podría reclamar al haber contado la adquisición con Informe de auditor (“perito”).

Sin perjuicio de ello, las declaraciones y garantías del contrato de compraventa de acciones puede equipararse con las cualidades prometidas. Las declaraciones y garantías convenidas entre Sigaar y Greed Group pueden establecerse como cualidades prometidas por el transferente respecto de las acciones objeto de la compraventa. A esta alegación, cabría decir que no se ha establecido por

⁵ STS (Civil) Sala 1ª, de 30 de marzo de 2011 [JUR/2011/140936].

las partes ninguna determinación en las declaraciones y garantías, más que convenir un precio fijado por el Informe de valoración realizado por Pufosa Asesores Financieros. Por lo que no conteniendo mención especial las R&W, no cabría acción del Comprador y, además, el valor determinado en las R&W no ha variado tras el Informe de revisión jurídica.

Además, el artículo 1490 CC establece un plazo de caducidad de seis meses para las acciones estimatoria y redhibitoria, siendo insuficiente para la responsabilidad por falsedad de declaraciones y garantías sobre una empresa. Habiendo sido elevado a público el acuerdo de intenciones el 20 de diciembre de 2019, y habiendo puesto de manifiesto la supuesta falsedad el 10 de marzo de 2020, la acción ha caducado.

Por tanto, Sigaar como Comprador debería haber tratado de incluir en el contrato de compraventa una estipulación referida a la voluntad de las partes de optar por la acción de saneamiento por falta de cualidades prometidas y su relación con las declaraciones y garantías contenidas en el contrato en aras a evitar este plazo de caducidad tan corto.

Así, como las partes firmaron un acuerdo de intenciones 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, el cual fue posteriormente elevado a público, con total seguridad las partes han construido un régimen de garantías para eventuales incumplimientos de estas obligaciones contenidas en las R&W, de forma independiente a las obligaciones de saneamiento que determine cual sería la responsabilidad del Vendedor en caso de resultar una supuesta falsedad que no fue contemplada por el auditor. Por tanto, Sigaar no podría acudir por la acción por saneamiento de vicios ocultos, o esta difícilmente podría prosperar⁶.

Para determinar la responsabilidad del Vendedor derivado de las garantías contenidas en las R&W es importante determinar el grado de conocimiento que pudiese haber tenido el Comprador, en lo que se refiere a la valoración del EBITDA, pues para este objetivo surge la Due Diligence, y aún más cuando el auditor ha sido designado por el propio Comprador. Además, la responsabilidad contenida en las R&W suele contener límites máximos en lo que respecta a la responsabilidad del Vendedor, siendo habitual que la indemnización tenga como límite el precio de venta.

Por ende, la acción de saneamiento por vicios ocultos no podría prosperar, pues: i) habiendo determinado la valoración del precio en las declaraciones y garantías, parece que el régimen de responsabilidad a tener en cuenta es el contenido en las R&W y no el previsto en el Código Civil referido a saneamiento por vicios ocultos, y ii) en caso de ser aplicable al caso concreto las reglas referidas al saneamiento por vicios ocultos, esta acción no podría prosperar, pues siendo una falsedad contable debe tratarse como un vicio aparente en el que un auditor experto en la materia, podría haberlo detectado fácilmente, en caso de ser cierto.

2.3 Vicios en el consentimiento.

Sigaar podría impugnar la eficacia del contrato aduciendo un vicio en el consentimiento por haber incurrido en error o dolo, debiendo en este caso ejercitar la acción en el plazo de cuatro años al

⁶ STS (Civil), Sala 1ª, de 14 de octubre de 2013 y STS (Civil), Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2009.

amparo del artículo 1301 CC. Cabe decir, en lo que a nuestro cliente nos respecta, que los órganos jurisdiccionales son muy exigentes a la hora de admitir estos mecanismos.

Estos mecanismos permitirían a Sigaar optar por la anulación del contrato al amparo del artículo 201 CC que permite la anulación del contrato cuando exista error esencial y concebible por la otra parte. Sería esencial si el error hubiera recaído sobre una cualidad del objeto que en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad (artículo 202, inciso 1 CC) y se trata de un error concebible por la otra en el caso de que una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo (artículo 203 CC), pero en este supuesto, atendiendo a la experiencia del auditor y el adquirente, parece más que evidente que en caso de haber una supuesta falsedad, esta podría haber sido fácilmente advertida. En consecuencia, no puede alegarse por Sigaar un vicio en el consentimiento por no cumplir con el requisito de ser concebible.

El caso del error ocasionado por dolo el ordenamiento no admite la limitación de la responsabilidad de la parte que ha engañado a la otra respecto a la culminación del contrato. El dolo podría anular el contrato si se da lo dispuesto en el artículo 210 CC, es decir, “cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.”

Si los engaños han sido determinantes para la formación de la voluntad, de modo que, sin ellos, la otra parte no habría contratado (dolo determinante), el contrato será anulable pero si Sigaar hubiera contratado igualmente bajo condiciones distintas (dolo incidental), el contrato será válido y el otro contratante deberá resarcir el daño sufrido. Sin embargo, no puede ser apreciado este dolo en la adquisición de Habanera, pues nunca se ha engañado a Sigaar sobre sus términos, sino que, por el contrario, se ha ofrecido un proceso Due Diligence y un Informe de auditoría, nombrado a instancias de la propia Compradora, para verificar el valor exacto por el cual Habanera debía ser comprado.

En cuanto al vicio de consentimiento por dolo referido a los artículos 1.265 y 1.266 CC, resulta necesario analizar la concurrencia de todos los requisitos para apreciar el error de suscripción de las acciones, en relación con su valor, pues el Comprador podría alegar que siendo un contrato de inversión constituyen elementos esenciales del negocio jurídico dichos datos.

No obstante, desde el punto de vista de Habanera debe establecerse que no se ha acreditado de ninguna manera que haya falseado sus datos contables. No concurren pues los requisitos de error en el consentimiento, pues se han cumplido con todos los deberes legales de entregar toda la información, llevar a cabo un procedimiento de Due Diligence con la ayuda de un Informe financiero redactado por un auditor experto independiente y, además, desde la perspectiva del emisor, ha representado en todo momento su propia contabilidad la imagen fiel y real de la sociedad, pues en ningún caso se ha establecido la necesidad de que Habanera tuviera que reformular sus cuentas ni ha habido inspecciones que establezcan la falsedad del año 2019. Tampoco lo han previsto los auditores que auditan las cuentas anuales consolidadas del grupo Greed Group y, por ello, no se puede anular el contrato en base a estos artículos del código civil⁷.

⁷ STS (Civil) Sala 1ª, nº 541/2015, de 3 de febrero de 2016.

Conforme a las reglas generales del ordenamiento jurídico, los administradores de la Greed Group tienen la obligación de proporcionar toda la información necesaria a Sigaar como adquirente para poder reflejar en el Informe definitivo un análisis exhaustivo de todas las cuestiones. De hecho, en un tiempo limitado se debe analizar demasiada información, es práctica habitual limitar el análisis a la documentación seleccionada según resulten ser importantes para el desarrollo y la continuidad de los negocios en la *target* en el tiempo.

Por ello, el proceso Due Diligence requiere de una actuación transparente y con la máxima información en la adquisición de Habanera con el fin de poder tener un conocimiento cabal de toda la información relevante para analizar el estado de cumplimiento por la Sociedad adquirida del derecho que le resulta aplicable. Greed Group ha participado activamente en el proceso facilitando *motu proprio* toda la información relevante relacionado con las contingencias de la Target y su actividad y de las acciones que se ofrecen a la venta. Así, se ha procedido en esta adquisición, pues con la realización de auditoría es evidente que dicho experto independiente tuvo acceso a toda la información para determinar la imagen fiel de la sociedad target, pues ni el propio Comprador ha alegado la carencia u omisión de información necesaria durante este proceso y a través de la información aportada en la Vendors Due Diligence.

En conclusión, no podría impugnarse el contrato por alegando vicios en el consentimiento pues el error no era excusable y tampoco concurrió dolo pues se concedió al Comprador la oportunidad de llevar a cabo una auditoría contable. Asimismo, cabe establecer que Sigaar no pretende ejercitar acciones de nulidad tendentes a deshacer la operación de adquisición de Habanera, sino que únicamente quiere suponer la existencia de una falsedad contable a Habanera para crear la existencia de un crédito contra la misma y así poder acudir a una ampliación de capital por compensación del crédito que supuestamente ostenta Sigaar, diluyendo así la participación de Greed Group en NewCo. Si realmente hubiese una falsedad contable, Sigaar pretendería obtener la nulidad del negocio jurídico alegando vicios en el consentimiento, hecho que no ha ocurrido.

2.4 Acciones frente a los administradores de Greed Group por falsedad contable.

El Comprador también podría ejercitar la acción de responsabilidad frente a los administradores de Greed Group por la supuesta falsedad contable en la que se incurrió pero tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Cuentas viene exigiendo una serie de presupuestos para condenar.

El delito de falsedad en las cuentas anuales de una sociedad viene previsto en el artículo 290 del Código Penal, por lo que tratarán de imputar a los administradores de Greed Group este delito acusándoles de haber falseado las cuentas anuales u otros documentos para causar un perjuicio económico, a alguno de sus socios, o a un tercero.

El concepto de falsear, contenido en el artículo 290 Código Penal, consiste en alterar o no reflejar la verdadera situación económica de la entidad en los documentos suscritos por los administradores, transgrediendo así el derecho, en este caso, de Sigaar como adquirente, a obtener una información completa y veraz sobre la situación de Habanera.

Esta acusación sobre haber alterado u ocultado datos es una forma como forma de faltar a la verdad transgrediendo la diligencia que le es exigible, en el sentido contenido en la sentencia del

Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 21 de noviembre de 2017, no es susceptible de ser corroborado por lo que Greed Group podrá defenderse estableciendo que:

2.4.1 Las Cuentas Anuales consolidadas no reflejan falsedad contable.

Tanto en la elaboración de Cuentas Anuales como el Informe Financiero realizado en el proceso de adquisición de la sociedad se elaboró de acuerdo a los mismos criterios con que se elaboran las Cuentas Anuales habiendo sido objeto de revisión por Pufosa Asesores Financieros, además de haberse cumplido con lo propuesto por el Código de buen gobierno para evitar que se produzcan conductas irregulares y fraudulentas en el seno del órgano de administración.

Si se hubiera cometido falsedad contable en Habanera, hubiera tenido reflejo en la llevanza de las Cuentas Anuales por parte de los administradores de Habanera de manera que los accionistas de la sociedad del grupo hubieran ejercitado acciones de responsabilidad en el momento en que les tocara aprobar las cuentas anuales, para eximirse de responsabilidad. Es decir, en caso de haberse incurrido en falsedad de la contabilidad los accionistas de Habanera hubieran ejercitado el resarcimiento de los daños de la sociedad ejercitando la acción social o la restitución del patrimonio individual lesionado por medio de la acción individual de responsabilidad. También se hubiera puesto de manifiesto dicha falsedad contable en el momento de realización de cuentas anuales consolidadas con la matriz del grupo Greed Group, cosa que no ha ocurrido.

Parece que las cuentas anuales de Greeg Group estaban auditadas en los ejercicios correspondientes. Si hubiese habido alguna falsedad contable se hubiese puesto de manifiesto en la Due Diligence o en el Informe del auditor designado por Sigaar, o por el Informe del experto independiente en la valoración de aportación no dineraria. Es decir, las acusaciones del Sr. Fox vienen referidas a las supuestas irregularidades contables cometidas por Habanera referidas al ejercicio 2019. Las cuentas anuales del ejercicio 2019, siempre que se tenga en cuenta que el ejercicio económico coincide con el ejercicio anual, han sido ya formuladas por el órgano de administración, aprobadas por la Junta General y auditadas, sin haberse detectado irregularidades contables en las mismas.

Por otra parte, Greed Group comporta un grupo de empresas, de las cuales Habanera es su filial. A estos efectos y, al amparo del artículo 7 de la LAC el auditor que realice la auditoría de las cuentas anuales consolidadas asume la plena responsabilidad del Informe de auditoría emitido. Esto es, quienes emitan la opinión sobre las cuentas anuales consolidadas o estados deberán recabar la información pertinente a quienes hayan realizado la auditoría de cuentas de las entidades que formen parte del grupo Greed Group, que estarán obligados a suministrar cuanta información se les solicite. De manera que, si se hubiese producido una eventual falsedad contable en Habanera, esta hubiera sido descubierta en el momento de realización de las cuentas anuales consolidadas de Greed Group.

El auditor de cuentas según el artículo 268 de la LSC debe comprobar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, estableciendo en el Informe el resultado de su actuación de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

Parece ser que los administradores formularon las Cuentas Anuales en tiempo y forma, fueron revisadas por los auditores de cuentas y finalmente fueron aprobadas por la Junta General de Socios, sin que en ningún momento se hayan puesto de relieve falsedades contables. Tampoco se ha evidenciado ninguna falsedad en el momento de elaboración del Informe de auditoría de las Cuentas Anuales consolidadas.

En consecuencia, parece que no habiéndose acreditado responsabilidad de los administradores de Greed Group en ninguna de las sociedades del grupo, ni tampoco de los auditores, es difícil acreditar la existencia de falsedad contable, pues durante la elaboración, aprobación o auditoría de las cuentas anuales consolidadas, hubiese arrojado sospechas de la existencia de falsedad contable en Habanera. Es decir, nunca ha habido problemas legales en relación con las cuentas de Habanera ni han sido sometidos a Inspección, por lo que puede afirmarse su exactitud y la falta de su responsabilidad.

Por tanto, habiendo obligación de formular, aprobar y auditar cuentas anuales en Greed Group, es difícil creer las acusaciones falsas vertidas por Sigaar, pues habiendo realizado siempre cuentas anuales, posteriormente sería muy difícil eliminar estos datos durante el proceso de Due Diligence, pues ya fueron verificadas dichas cuentas consolidadas por el auditor pertinente, y si en el proceso de adquisición se hubiera falseado cuentas para lograr una mayor precio en la adquisición de Habanera, el auditor independiente designado por Sigaar se hubiera dado cuenta de ello.

Por otra parte, las conductas infractoras relacionadas directamente con la contabilidad se refieren a la falta de inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil y a la presentación fuera del plazo establecido, en el Registro Mercantil, de las Cuentas Anuales, el Informe de Gestión y, si tuviera obligación de someterse a una auditoría, el Informe correspondiente, y dichas actuaciones no han sido infringidas por Habanera, constituyendo un indicio más sobre la transparencia de los estados contables.

Por tanto, no ha sido evidenciada ninguna falsedad en la contabilidad de Habanera durante la elaboración de las Cuentas Anuales consolidadas de Greed Group. Tampoco se ha mostrado dicha falsedad en un momento esencial para su averiguación como es la verificación por Pufosa Asesores Financieros, pues habiendo sido designado el auditor por Sigaar este tendrá encomendada la función de examinar exhaustivamente las cuentas anuales a través de un análisis pormenorizado de los libros contables, siendo su labor esencial al ser una adquisición cuyo valor se fija en base a un precio basado en un múltiplo de EBITDA con el fin de pagar el precio exacto. Así, los auditores revisarán transacciones para valorar estas pérdidas o ganancias.

Por tanto, se puede afirmar la calidad de la información proporcionada por Greed Group, pues entregó estados financieros auditados, basados en principios contables y, además, el EBITDA, con carácter de continuidad en el futuro, permite afirmar la consistencia de las informaciones alcanzadas durante el proceso de Due Diligence. El hecho de contar con esta información exhaustiva tiene efectos sobre la determinación del precio y sobre las menores garantías por las que debe responder Greed Group, pues todas las contingencias posibles deberían haber sido previstas en la Due Diligence.

2.4.2 Informe auditoría no recaba la falsedad contable.

A mayor abundamiento, debe ser rechazada la acusación vertida por Sigaar sobre la supuesta falsedad contable cometida por Habanera, pues se ha realizado en el proceso de adquisición de la sociedad Target un Informe de auditoría, el cual representa una de las principales herramientas de conocimiento y toma de decisiones sobre determinados aspectos de Habanera. Este Informe permite a Sigaar tomar la decisión sobre la adquisición de la sociedad target, confirmando o rectificando el precio a pagar o en su caso, establecer garantías en caso de formalización de la inversión.

Si bien un proceso de Due Diligence no es un proceso de investigación de información oculta, donde Pufosa Asesores Financieros no podría entrar a valorar situaciones que pudieran plantearse como consecuencia de datos no facilitados, sí permite valorar la información que le han proporcionado. En el caso presente, se está discutiendo la determinación del EBITDA, por lo que no nos encontramos ante un supuesto de ocultación de información e investigación de la misma, sino un conflicto en la verificación de la misma, más cuando en el proceso de Due Diligence se pudo tener acceso a toda la información tendente a su verificación. Por eso, la información debe ser elaborada de forma independiente y neutra a los intereses de las partes, de ahí deriva el compromiso de que ambas partes contasen con un Informe financiero realizado por un auditor experto independiente, que en este caso fue designado por el Comprador.

Para garantizar la realidad de la información se dio acceso a cualquier información importante como el Balance de Situación y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, que pudiesen determinar la Imagen Fiel en el Informe de auditoría y así evitar acceder únicamente a las Cuentas Anuales, que son más propensas a causar engaño para sus usuarios.

Así, la desconfianza en las cifras contables a causa de su manipulación, por las posibles deficiencias en la información financiera se evitan a través del Informe de auditoría realizado por Pufosa Asesores Financieros, pues la correcta revisión de las informaciones contables constituye el principal instrumento de supervisión a los inversores para hacer efectiva la adquisición de Habanera.

La auditoría de las Cuentas Anuales por auditores con cierto nivel profesional constituye una práctica esencial, pues proporciona garantía, en este caso, frente a Sigaar, de las obligaciones de la sociedad. La misma conclusión se puede trasladar al Informe de auditoría realizado en el proceso de adquisición de Habanera. La intervención del auditor se limita a dar una opinión, con o sin matices, o denegarla en relación con los resultados arrojados de los estados financieros según muestren la situación financiera, los resultados del ejercicio 2019 y la Imagen Fiel del patrimonio, siendo el resultado de la auditoría realizada por Pufosa Asesores Financieros la correcta determinación de los datos contables de Habanera, pues en caso de haber encontrado contingencias en la contabilidad de Habanera, Sigaar no hubiera ofrecido en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019. Tanto es así, que en caso de que Sigaar tuviera ciencia cierta de sus acusaciones, no hubiera tenido problema en emitir el Informe de los administradores en el momento de llevar a cabo el aumento de capital por compensación por créditos.

Por ende, parece difícil determinar una falsedad contable por Habanera, pues cuentan con la opinión favorable de un experto independiente nombrado por el propio Comprador, pues después del Informe de auditoría Sigaar ofreció al pago del precio según el EBITDA que reflejaba Habanera. El hecho de aparecer la contingencia en el momento en que Sigaar ya ha hecho con el control de Habanera, demuestra la acusación falsa de Sigaar, pues de haberse producido una falsedad esta se hubiera hecho patente en el proceso Due Diligence y así lo hubiera hecho saber Sigaar. Por tanto, el maquillaje contable se ha cometido por el propio departamento de contabilidad de Sigaar, para acreditar una presunta falsedad contable en Habanera que ni las Cuentas anuales consolidadas ni el Informe de auditoría de Pufosa Asesores Financieros han hecho patente en ningún momento.

Por otra parte, en cuanto al auditor experto independiente designado por Sigaar en el proceso de Due Diligence, tenía como función encomendada la revisión y verificación de documentos contables para emitir un Informe que arroje luz de la adquisición a Sigaar. Habrá que atender a la Ley y el Reglamento de Auditoría de Cuentas para analizar las obligaciones del auditor relativas a la verificación y revisión de la contabilidad, y a las responsabilidades en el ejercicio de su cargo.

Por tanto, el auditor buscaba la posibilidad de encontrar errores e irregularidades con efecto significativo analizando las Cuentas Anuales, es decir, deberá tener en cuenta, las posibles irregularidades que se han podido cometer en Habanera, a saber, actuaciones tendentes en ocultarlas, con el fin de poder detectar todas ellas. Por esta razón, siendo Pufosa Asesores Financieros una firma de auditoría de reconocido prestigio en España y, habiendo sido designado por la propia Compradora, parece que su Informe será lo suficientemente profesional y transparente. Además, este Informe tratará de detectar posibles irregularidades en el cálculo del EBITDA, pues es el punto de mira para determinar el precio de adquisición de Habanera, y el motivo por el cuál Sigaar ha tenido interés en designar a esta firma de auditoría con el fin de que acredite la transparencia en la contabilidad de Habanera. Es decir, Pufosa Asesores Financieros debe detectar los errores e irregularidades que pudieran tener un efecto significativo sobre las Cuentas Anuales.

En este sentido el auditor deberá tener en cuenta hechos que incrementen el riesgo de errores como presiones o transacciones no habituales aptos para detectar adecuadamente posibles irregularidades y errores significativos de las Cuentas Anuales.

El nombramiento de un experto independiente designado por la parte Compradora en el proceso de Due Diligence, que confirmaba el valor del EBTIDA, parece confirmar que Sigaar está intentando maquillar la contabilidad una vez adquirida Habanera, pues de haber existido una efectiva falsedad contable en Habanera, esta podría haberse hecho patente desde el momento en que pudo tener acceso a la información contable en el proceso Due Diligence. Parece que Sigaar ha podido maquillar las mismas a través de su propio departamento de contabilidad, cuya falta de objetividad e imparcialidad se pone de manifiesta, más cuando la única intención de Sigaar es hacerse con la máxima participación en la NewCO. Para ello, cabe analizar la posible responsabilidad en la que ha incurrido los auditores de NewCO, designados a instancia de Sigaar.

En consecuencia, en caso de haberse cometido falsedad contable en Habanera, hubiera tenido reflejo en la llevanza de las Cuentas Anuales por parte de los administradores de Habanera de manera que los accionistas de la sociedad del grupo hubieran ejercitado acciones de

responsabilidad en el momento en que les tocase aprobar las cuentas anuales, para eximirse de responsabilidad. También se hubiera puesto de manifiesto dicha falsedad contable en el momento de realización de cuentas anuales consolidadas con la matriz del grupo Greed Group o en el Informe del experto independiente en la valoración de aportación no dineraria. Tampoco se ha mostrado dicha falsedad en un momento esencial para su averiguación como es la verificación por Pufosa Asesores Financieros pues la función encomendada al auditor buscaba la posibilidad de encontrar errores e irregularidades con efecto significativo analizando las Cuentas Anuales, a saber, actuaciones tendentes en ocultarlas, con el fin de detectar posibles irregularidades en el cálculo del EBITDA, pues es el punto de mira para determinar el precio de adquisición de Habanera Tanto es así, que en caso de que Sigaar tuviera ciencia cierta de sus acusaciones, no hubiera tenido problema en emitir el Informe de los administradores en el momento de llevar a cabo el aumento de capital por compensación por créditos.

2.5 Limitaciones en la responsabilidad de Greed Group.

En caso de darse una posible responsabilidad de Greed Group, habrá que atender el contenido de las Manifestaciones y Garantías o Reps and Warranties (R&W) que determinan el alcance de la responsabilidad del Vendedor en relación con el posible cambio de valor del EBITDA.

Esta regulación comprenderá supuestos que podrán dar lugar a la responsabilidad del Vendedor, entre otras, supuestos de falsedad en las declaraciones y garantías del Vendedor. Por tanto, nuestro cliente tendría que justificar que los datos proporcionados no incurrieran en falsedad, pues es uno de los supuestos básicos de responsabilidad, sino que debería establecer que en caso de haberse producido una variación en el EBITDA se debe a las propias fluctuaciones de la sociedad, cuyo riesgo se ha trasladado al Comprador.

A estos efectos habrá que atender a cláusulas de limitación de la responsabilidad del Vendedor, para poder atenuar los efectos de su responsabilidad según los términos que hayan pactado, como: i) el importe máximo por el que responderá el Vendedor en relación con el precio fijado en la compraventa; ii) el establecimiento de una franquicia para evitar que sean tramitadas contingencias por importe de escasa importancia, así en caso de haber una diferencia en el cálculo del EBITDA y iii) fijar el periodo temporal de vigencia de la responsabilidad del Vendedor, siendo conveniente negociar un plazo inferior a la prescripción legal de la acción que se trate, para no atender a la reclamación de fijación del precio de compraventa que tuvo lugar el 10 de marzo de 2020.

En cuanto a los límites temporales de las declaraciones y garantías tiene estrecha relación con la transferencia del riesgo de la empresa al Comprador. Habrá que analizar el contrato para cerciorarse del plazo desde el cierre para poder hacer efectiva la responsabilidad del Vendedor. Vencido dicho plazo, la responsabilidad del Vendedor por la supuesta falsedad de declaraciones y garantías que no hayan sido reclamadas en plazo, se extinguen. Es decir, la expresión “survival”, se refiere al hecho de que las declaraciones y garantías de los Vendedores “sobreviven” el cierre pero por un plazo determinado con el fin de evitar que Greed Group quede expuesto a reclamaciones de Sigaar durante todo el plazo de prescripción de la acción personal.

De esta manera, en el caso de resultar Greed Group responsable no responderá de las contingencias aparecidas más allá de esa fecha, pero sí de los reclamados dentro del plazo de prescripción del artículo 1964 CC, es decir, las partes deberán acordado que a partir de determinada fecha se extinguían todas las responsabilidades que el Vendedor pueda haber contraído con motivo de tales Manifestaciones, excepto aquellas que ya hayan sido reclamadas arbitral o judicialmente.

A mayor abundamiento, aquí no se puede hablar de responsabilidad de Greed Group por falsedad en el acuerdo de intenciones, pues ni el proceso Due Diligence, ni el Informe de Auditoría han confirmado dicha falsedad, al igual que el informe del departamento contable de Sigaar, que como se ha explicado, no tiene validez ninguna. Por ende, debe aplicarse los efectos del modelo locked box, elegido por las partes en la determinación del valor de las participaciones de Habanera, por lo que la fecha de transmisión del riesgo económico de la Sociedad Adquirida a Sigaar se produce en fecha anterior a la firma del contrato, esto es, en el momento de fijación de referencia de los estados financieros, que en nuestro caso se fijan según la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

Como consecuencia de todo ello, Greed Group sólo responderá de los daños posteriores a la transferencias pero que hayan surgido por una falta de adecuación entre el momento de la transferencia de propiedad de las acciones (el cierre) y lo declarado en el contrato de compraventa. Por el contrario, el Vendedor no responderá por daños que sufra la empresa después de la fecha de cierre y que no sean consecuencia de una disconformidad entre la empresa y las declaraciones del Vendedor en la fecha de cierre, por lo que habiendo pactado un precio basado en el modelo locked box y no habiéndose probado ningún tipo de falsedad en lo que respecta a los acuerdos de intenciones, el riesgo económico de la Sociedad Adquirida se produce en la fecha anterior a la firma del contrato, es decir, el momento de fijación de referencia de los estados financieros, que en nuestro caso se fijan según la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

2.6 Doctrina de los actos propios.

En defensa del Sr. Grekko también habría que fundamentar la contestación de la demanda en la denominada doctrina de los actos propios que se deriva del fundamento legal contenido en el artículo 7.1 CC basado en la exigencia de actuar de buena fe en el ejercicio de los derechos, exigiéndose así que los hechos que uno exterioriza, es decir, la conformidad de Sigaar con la Vendor Due Diligence y el Informe de auditoría, impone la necesidad de que exista un comportamiento futuro acorde con los mismos, pues el procedimiento de adquisición de Habanera generó en las partes la confianza de que las cosas se iban a desarrollar según el procedimiento garantizado con las R&W y con el procedimiento de revisión jurídica. Por tanto, el comportamiento posterior de Sigaar que rechaza todo lo aceptado con verdadero por las partes durante el procedimiento de revisión jurídica, debe reputarse contrario a la buena fe que exige la doctrina de los actos propios, pues es precisamente en el momento de realización de la Vendors Due Diligence y el Informe de auditoría donde las partes tienen que manifestar su oposición a ciertas contingencias.

Así, en propias palabras del Tribunal Constitucional, la doctrina de los actos propios implica “*la vinculación del autor de una declaración de voluntad y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio*”⁸.

Debe traerse a colación que el precio se fijó en la cantidad solicitada por Sigaar después de haberse llevado a cabo el Informe de auditoría por Pufosa Asesores Financieros, la cual fue designada a instancia de Sigaar. Así el Comprador ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019. Así se firmó el acuerdo de intenciones de 15 de noviembre de 2019, que recogía los términos esenciales de la operación, en concreto, determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses. Posteriormente, a lo largo de todo el proceso de Due Diligence, no resultó ninguna contingencia ni modificación sustancial que recomendase alterar el precio fijado, por lo que los términos convenidos en las declaraciones y garantías no se alteraron en todo el proceso de Due Diligence.

Por tanto, podemos confirmar cómo se cumplen todos los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia para estar ante un acto contrario a la doctrina de los actos propios, a saber: (i) el comportamiento de Sigaar ha creado una situación jurídica, la conclusión de la operación basada en la adquisición de participaciones de Habanera, (ii) existe una clara contradicción entre un acto anterior y otro posterior, pues Sigaar propuso el precio sobre el valor de las participaciones de Habanera, creando así un vínculo de trascendencia contractual, que es precisamente lo que se quiere proteger, y posteriormente rechazó esta idea y, (iii) que sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva, es decir, el comportamiento de Sigaar creó, sin lugar a duda, una precisada situación jurídica afectando a Greed Group.

Por tanto, debe considerarse inadmisibles la actuación de Sigaar en contra de sus propios actos, para garantizar el principio de buena fe en el ejercicio de derechos, es decir, si vino actuando durante el tiempo aceptando los resultados de la Due Diligence y el Informe de auditoría como ciertos instando así a pagar un precio determinado, no puede una vez concluido el procedimiento en donde tuvo la ocasión de examinar la situación y oponerse a ella, cambiar y acogerse después al derecho que tenía reconocido.

2.7 Reconvención

En caso de que Sigaar iniciase la demanda en base a los argumentos del epígrafe dos, podría ejercitarse la acción de reconvención basada en la responsabilidad de los administradores de Sigaar por haber incumplido sus deberes de lealtad en el momento de revisión jurídica y económica durante el proceso Due Diligence transgrediendo la doctrina de los actos propios, así como impugnar los acuerdos por ser contrarios al orden público y por su carácter abusivo de Sigaar. Si por el contrario nuestro cliente ejercitase la demanda, la reconvención de Sigaar, como parte contraria, se basaría en ejercer la reconvención estableciendo la supuesta falsedad contable de Habanera que determinó un valor de EBITDA inferior al que debería haberse fijado.

⁸ STS (Civil), Sala 1ª, nº 73/1988, de 21 de abril.

3. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES A CONSIDERAR.

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

El artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece un listado que contiene una serie de medidas cautelares entendidas como aquellas medidas de aseguramiento para que una vez dictada la sentencia en el proceso principal pueda procederse a la ejecución de la misma. En este sentido, las medidas de aseguramiento que el Sr. Grekko pretendería adoptar, serían: (i) las referentes al depósito de cosa muebles, en concreto las participaciones objeto de disputa que el Sr. Fox ha adquirido en la ampliación de capital abusiva, (ii) la intervención y administración judicial, (iii) la anotación preventiva de demanda, (iv) la cesación provisional, abstención temporal, prohibición temporal de actividades, conductas o realización de prestaciones.

No obstante, la medida cautelar por excelencia en este caso sería la suspensión de acuerdos sociales, pues la pretensión ejercitada en el proceso principal es, precisamente, la impugnación del acuerdo societario consistente en ampliar el capital por conversión del crédito que según el Sr. Fox ostenta como consecuencia de la supuesta falsedad contable que determinó un EBITDA distinto para el cálculo del valor de las participaciones de Habanera. Esta medida cautelar es la más efectiva porque garantiza la suspensión de la ejecución del acuerdo durante el proceso judicial. En cuanto a los presupuestos procesales para solicitar dicha suspensión, y en aras a evitar ciertos abusos societarios, se requiere una legitimación cualificada, exigiéndose que el demandante represente al menos el uno o el cinco por ciento del capital social, según si la sociedad demanda hubiere o no emitido valores que estuviesen admitidos a negociación en el mercado secundario oficial.

Consecuentemente, teniendo Greed Group un porcentaje de participación del 25% estaría plenamente facultado para solicitar la medida cautelar consistente en suspender los acuerdos sociales. Para ello, tendrá que probar que concurren los requisitos exigidos por el artículo 728 LEC para su adopción, a saber, la mora procesal ("periculum in mora"), el requisito de apariencia de buen derecho ("fumus boni iuris") y la prestación de caución en los términos previstos en la demanda.

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

En cuanto a la forma de resolución de conflictos, las partes podrían haber sometido la resolución de conflictos a arbitraje, pues se trata de un proceso más rápido, que admite cualquier medio probatorio, pudiendo las partes designar al árbitro o árbitros oportunos, siendo además más especializados en la materia, a la vez que garantiza su no publicidad por lo que se mantendría en la esfera reservada de las partes quedando intacta su reputación. Es claro, que la parte que más probabilidades tenga de perder, es decir, desde el punto de vista de nuestro cliente, Sigaar está abusando de su posición para diluir nuestra participación en NewCo, de manera que muy seguramente el Informe de auditoría elaborado en su propio departamento de contabilidad en el que vierte una grave acusación de Habanera sobre la falsedad contable, le interesará acudir a los órganos jurisdiccionales, pues cuentan con menos especialidad en la materia sobre abuso de

posición o maquillaje en la contabilidad. En nuestro caso, las partes se han sometido a los Juzgados y Tribunales de Valencia, de manera que procede analizar la eficacia de esta cláusula.

Así, una cuestión esencial en contratos de compraventa, sobre todo cuando las sociedades implicadas se encuentran en un red internacional, como es el caso, pues Sigaar es una sociedad holandesa y Habanera y Greed es un grupo de empresas español, es determinar la ley a la que se someterá el contrato y los tribunales del lugar o del estado que deba conocer de las controversias.

Para fijar la ley aplicable habrá que estar a lo dispuesto en los Reglamentos Internacionales, al ser una compraventa internacional entre empresa española y holandesa. Así, debemos remitirnos al Reglamento 539/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I), en concreto, el artículo 3.1 Roma que permite regir el contrato por la ley elegida por la voluntad de las partes. Al ser Habanera una sociedad española, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I.

Asimismo, las partes determinarán la jurisdicción que les interese como forma de resolución de conflictos. En este sentido cabe aplicar el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis, que otorga competencia al órgano u órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro que las partes con independencia de su domicilio han acordado que sean competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o que puedan surgir con ocasión de una determinada relación jurídica entonces dicho órganos jurisdiccionales, en este caso, los Tribunales de Valencia serán competentes, a menos que el acuerdo fuese nulo de pleno derecho en lo que a su validez material se refiere al amparo del Derecho de dicho Estado miembro. Además, esta competencia será exclusiva salvo pacto contrario entre las partes. Por tanto, la cláusula de sumisión a los Juzgados y Tribunales de Valencia reviste validez material suficiente.

Una vez confirmada la posibilidad que las puertas puedan someterse a los Tribunales españoles, debe analizarse la competencia objetiva de los Tribunales de Valencia. Así, según lo dispuesto en el artículo 86 ter LOPJ.

En este sentido cabe traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 13 de septiembre de 2018, la cual versa sobre un litigio derivado de compraventa de participaciones sociales en un proyecto inmobiliario en China, donde se reclamaba la restitución del precio abonado e indemnización de daños y perjuicios sufridos. Según establece esta sentencia debemos fijarnos en el contrato de compraventa de acciones de Habanera que es donde figura la cláusula de sumisión expresa señalada para determinar la competencia de los Tribunales de Valencia. Por ende, deviene aplicable lo dispuesto en el artículo 22.2º LOPJ, en la redacción anterior a la reforma por la LO 7/2015 que los juzgados españoles son competente como regla general, cuando las partes, como es el caso, se han sometido expresa o tácitamente a los tribunales y juzgados españoles.

Aplicando dicha sentencia al caso concreto, parece ser admisible la competencia de los Juzgados y Tribunales de Valencia, pues las partes han acordado de forma expresa en el contrato de compraventa de las participaciones de Habanera una cláusula por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sometan a estos tribunales.

Finalmente, el procedimiento de impugnación del acuerdo social adoptado de forma abusiva por el Sr. Fox, los Juzgados de lo Mercantil son los competentes para sustanciar dichos procedimientos y se tramitarán por los cauces del procedimiento ordinario (arts. 207 LSC y artículo 86.ter de la LOPJ).

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 52 LEC para los casos de impugnación de acuerdos sociales establece la competencia del lugar del domicilio social, es decir, en el domicilio social de NewCo fijado en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona (CP 08019).

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

Para impugnar el acuerdo social por el cual se acuerda realizar una ampliación de capital por conversión de créditos, la legitimación activa, al amparo del artículo 206 LSC correspondería a cualquiera de los administradores, además de terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo si ostentan una representación, individual o conjunta, de al menos el uno por ciento del capital. Es decir, si se impugna el acuerdo social de ampliación de capital por considerarse como abusivo de la mayoría social, Greed Group estaría legitimada para impugnar dicho acuerdo como accionista de NewCo que representa más del 1% del capital social, pero igualmente, estará legitimado el administrador de Habanero, el Sr. Grekko, como tercero directamente afectado al respecto.

No obstante, si consideramos que el acuerdo social es contrario al orden público al transgredir los preceptos legales en base a lo anteriormente establecido, referido al maquillaje de Informe para intentar reflejar una supuesta falsedad contable de Habanera, así como una simulación de Informe de auditoría por el departamento contable de Sigaar y una ampliación de capital sin haber cumplido con los requisitos legalmente establecido en el epígrafe anterior, entonces, al amparo del apartado segundo de este artículo 206 LSC tendrá legitimación cualquier socio, pues este artículo permite que los acuerdos que sean contrarios al orden público puedan tener legitimación cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, así como cualquier administrador o tercero.

En relación con la acción para exigir responsabilidad al administrador de Sigaar por haber efectuado una ampliación de capital sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, actuando con abuso de la mayoría para diluir la participación de Greed Group, debe atenderse a los artículos 237 y ss LSC.

En este sentido el artículo 238 LSC establece que dicha acción de responsabilidad contra los administradores se debería entablar por la propia sociedad NewCo, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día.

Siendo difícil que la Junta adopte dicha solicitud, pues i) Sigaar no impulsará el procedimiento para exigir responsabilidad a los administradores de NewCo, pues es el Sr. Fox tanto el administrador de NewCo como de Sigaar, y ii) en caso de que impulsase este acuerdo estaríamos, al amparo del artículo 228 c) LSC, el Sr. Fox y el Sr. Roist no tendrían la obligación de abstenerse

en la votación del acuerdo, pues aunque existe un conflicto de interés se trata de un tema referido a su revocación como administrador, de manera que teniendo Sigaar el 95% de participación en NewCo difícilmente se podrá aprobar su revocación.

Por tanto, habrá que ampararse en la legitimación de la minoría que representan Habanera podrán ser ejercitada para entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés siempre que: Greed Group posea individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la Junta General, es decir, que representen al menos el cinco por ciento del capital social, ii) cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Por tanto, Greed Group que representa el 25% de NewCo tendría legitimación para entablar acción de responsabilidad frente a los administradores, pues seguramente, no se convoque la junta o, en caso de convocarse, el acuerdo será contrario a exigir responsabilidad al Sr. Fox, pues la mayoría de NewCo viene representado por la propia Sigaar, de la que el Sr. Fox es su administrador mancomunado.

Por tanto, debe atenderse a la legitimación de la minoría prevista en el artículo 239 LSC, que a estos permite al socio minoritario, en este caso Greed Group, que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Teniendo Greed Group una participación muy superior al 5% exigible para solicitar la convocatoria de la junta, podría entablar la acción por legitimación de la minoría.

El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Por tanto, esta última opción será la más conveniente para Greed Group.

Además, no cabe olvidar la acción individual que Greed Group podría ejercitar, al amparo del artículo 241 LSC, que permite a Greed Group ejercitar las acciones de indemnización que le corresponde por actos de administradores, en concreto del Sr. Fox, que lesionen directamente los intereses de aquellos.

Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado como dispone el artículo 206.3 LSC.

En cuanto a la legitimación pasiva, cabe recordar que El Sr. Fox fue designado administrador único de Newco, dejando la gestión diaria en manos del Sr. Gekko debido a los contactos que el mismo manejaba en el mercado caribeño y en España. En la junta general extraordinaria de

Newco celebrada el 27 de abril de 2020 (válidamente convocada y constituida) se adoptaron, entre otros, dos importantes acuerdos:

- (i) La destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roist (el otro administrador mancomunado de Sigaar).
- (ii) En cuanto a la legitimación pasiva, habría que dirigirse contra el administrador único de NewCo que propone dicha medida, esto es, el Sr. Fox, administrador de Sigaar.

Puede deducirse que, teniendo conocimiento, los dos administradores mancomunados de Sigaar, del carácter abusivo y contrario a la ley de la ampliación de capital, instaron acordar en el momento de acuerdo de la ampliación de capital la destitución del Sr. Foz por Glauser Roist, seguramente con ánimo de ver diluida su responsabilidad pues al haber una brecha de designación de administrador en el momento de adoptar un acuerdo abusivo, parece más difícil perseguir y dilucidar la responsabilidad de cada uno.

A estos efectos, el Sr. Fox como administrador dimisionario deja de ser responsable desde el momento de la inscripción de su cese. Puede eludir responsabilidad si demuestra que la demora o falta de inscripción no le resulta atribuible.

La actuación del Sr. Fox y del Sr. Roist se ha producido individualmente y no de forma mancomunada, pero deberá analizarse si estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria del artículo 237 LSC o responsabilidad individual. A estos efectos, debe analizarse el grado de implicación del Sr. Roist, pues si después de la Junta accede a su cargo a través de una designación nula, entonces llegaría a ser responsable como administrador de hecho. Si por el contrario, no se afirma la nulidad de su designación, se le podrá exigir responsabilidad como Director general, a través del régimen decimonónico del facto recogido en el Código de Comercio, o a través del régimen general de responsabilidad establecido en el Código Civil.

Respecto de la acción social de responsabilidad, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 (que se ocupa de un supuesto en que por la recurrente se había alegado la existencia de «daño contable»)

Sobre la figura del litisconsorcio pasivo necesario, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 18 de diciembre de 2009 y 3 de diciembre de 2010, declara la aplicabilidad de la misma a este tipo de procesos, añadiendo que *«son las partes las que deben configurar la relación jurídico-procesal, debiendo limitarse el Tribunal a vigilar la idoneidad de la misma y rechazarlo solamente cuando, de manera flagrante, esté mal constituida [...] la figura del litisconsorcio pasivo necesario debe ser admitida en la jurisdicción contable con suma cautela...»*.

Por su parte, y en cuanto a la Sala Primera del Tribunal Supremo, bastará la cita de la Sentencia de 13 de mayo de 200855 en la que se indica que la resolución recurrida subrayaba la responsabilidad solidaria de los administradores «entre sí y con la sociedad por las deudas sociales», que «subsiste» en los casos de disolución de la sociedad.

El Tribunal desestimó el motivo de casación argumentando que *«en los supuestos de responsabilidad solidaria no se produce el litisconsorcio pasivo necesario, que es la razón de fondo utilizada por la sentencia recurrida, bastante por sí sola para rechazar el motivo»*⁹.

3.4 Procedimientos a seguir de conformidad con la LEC.

En primer lugar, y en relación con el procedimiento de impugnación del acuerdo social adoptado de forma abusiva por el Sr. Fox, los Juzgados de lo Mercantil son los competentes para sustanciar dichos procedimientos y se tramitarán por los cauces del procedimiento ordinario (arts. 207 LSC y artículo 86.ter de la LOPJ). Alternativamente, se podría interponer acciones de responsabilidad, posibles en este supuesto al haberse causado una serie de daños a Greed Group por parte del órgano de administración por lo que, como se ha comentado en el apartado anterior, se le pretenderá reclamar indemnización (acción individual de responsabilidad del artículo 241 LSC) o que indemnice a la sociedad a través de la acción social de responsabilidad (artículos 238 al 240 LSC).

El artículo 207 LSC establece cual es el procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales, disponiendo que para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así pues, como ejemplo de procedimientos de responsabilidad del administrador de una sociedad debido a una ampliación de capital abusiva, podemos traer a colación el caso Pescanova S. A. donde interpone una demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil de Pontevedra solicitando que se declare la nulidad de los acuerdos de aumento del capital social de Nueva Pescanova, S.L. (NPVA) adoptados en la Junta General Extraordinaria de Socios celebrada el día 19 de abril de 2017.

Es importante recordar que la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribe a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 241 bis LSC.

3.5 Proposición de pruebas y medios de prueba

El artículo 281 LEC establece que deben ser objeto de prueba los hechos que guarden relación con tutela judicial que se pretenda, estando exonerados de prueba los hechos admitidos por las partes, y los hechos notorios, entendiéndose por tales aquellos hechos que gocen de notoriedad absoluta.

- (i) Pruebas a proponer por Greed Group.

A estos efectos se podría proponer como medios de prueba: (i) la aportación de los documentos que reflejen la imagen fiel y transparente de los estados contables, como puede ser, los

⁹ SSTS (Civil) Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2002; de 4 de abril de 1997; de 24 de septiembre de 1996; de 14 de julio; 17 de octubre de 1995; 26 de enero de 1994, 26 de julio de 1991, etc.

documentos contables, en concreto, las cuentas anuales del grupo consolidados, las cuentas anuales de años anteriores, el informe de auditoría, si lo hubiere; (ii) el informe de Pufosa Asesores Financieros que refleja el estado fiel de los documentos contables, así como su carácter de auditor independiente pues fue designado por la propia Sigaar así la aportación documental que acredite que se incorporó al contrato, en soporte informático toda la información revisada. , (iii) el Acta y la Certificación de la Junta General de NewCo que refleje la ampliación de capital sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, como la ausencia del Informe del administrador único que acredite la necesidad de ampliar capital para compensar el crédito; (iv) el cargo profesional del departamento de contabilidad de Sigaar que carece de la suficiente imparcialidad.

Respecto del valor probatorio de la contabilidad, debemos remitirnos al artículo 327 de la (LEC) que reconoce como medio de prueba los libros de los comerciantes, remitiéndose a lo dispuesto en las Leyes Mercantiles, en particular, los artículos 31 a 33 del Código de Comercio (CC). Además, el artículo 1228 CC establece en relación con el valor probatorio de los documentos privados que los asientos y registros privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero si la otra parte se quiere aprovechar de ello, deberá aceptar la parte que le perjudiquen. Por ende, en relación con la prueba de los documento contables se estará a lo que resulte del conjunto y no sólo de asientos específicos.

Es muy importante tener en cuenta cómo funciona este tipo de prueba, pues en el momento que Greed Group pruebe su versión con los libros de contabilidad, estos sólo permiten probar la existencia del asiento, pero no el hecho controvertido, es decir, la contabilidad probará a través del asiento que un determinado hecho ha existido, pero no podrá probar la inexistencia de hechos no registrados. Por esta razón, será Sigaar quien deba probar la existencia de hechos que no resultaron acreditados en la contabilidad de Habanera, pues se presume, salvo prueba en contrario, que la contabilidad recoge todos los asientos.

Por otra parte, Greed Group podrá probar que no ha incurrido en las conductas infractoras relacionadas directamente con la contabilidad como la falta de inscripción o la presentación fuera del plazo de las Cuentas Anuales. También deberá probar, los libros que acreditan la existencia de Cuentas consolidadas de Greed Group y su revisión por un auditor de cuentas, para acreditar la transparencia de los asientos.

Además, basándonos en hechos recientes, como el caso Bankia, se han utilizado Informes emitidos por los peritos del Banco de España e Informes presentados por el FROB en diligencias previas para acreditar que la información suministrada a Sigaar en el momento de la adquisición reflejaba la imagen fiel de la entidad.

Greed Group deberá probar que cumplió su deber de informar, de manera veraz, suficiente y comprensible, sobre su situación contable y financiera en el momento adquisición de la Sociedad Target, entregando para ello, la Vendors Due Diligence y un Informe de auditoría realizado por la propia firma que Sigaar solicitó. A estos efectos deberá acreditarse por medio de prueba pericial que el informe de auditoría ha sido elaborado por una firma profesional y de forma independiente con un conocimiento elevado de los riesgos que puede suponer la adquisición de las acciones de Habanera. Por tanto, siendo Pufosa Asesores Financieros un profesional en la materia y, contando con la ayuda de un auditor, son evidencias que permiten probar que si no se conocieron durante

el proceso de Due Diligence irregularidades contables es porque realmente no existían y que de haberlas habido, fácilmente podrían haber sido descubiertas por Sigaar o los auditores por el designados, al ser profesionales habituados en compraventa de empresas, pues el proceso Due Diligence persigue este fin. Deberá ser aportado como medio de prueba tanto la Due Diligence que refleje todos los documentos e informaciones aportados por Greed Group que permitieron reflejar la imagen fiel de la Sociedad Target, y una serie de interrogatorios de parte, a saber, la gente que realizó tanto el informe de auditoría como la Vendors Due Diligence.

También deberá probarse por Greed Group si se ha incluido en las “Declaraciones y garantías” la cláusula que asegura al Comprador la imagen fiel de los estados financieros de la Sociedad, de acuerdo con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. Así, el Vendedor estaría asegurando al Comprador aspectos esenciales sobre los bienes, derechos, contingencias, obligaciones y negocios de la Sociedad. Esta cláusula de los estados financieros incorporaría, además la aplicación de reglas uniformes sobre la forma en que deben registrarse los estados financieros.

También deberá probarse si se ha incluido una declaración de ausencia de pasivos ocultos y contingencias, pues únicamente las contingencias a partir de un determinado grado de probabilidad deben reconocerse en los estados financieros como pasivos.

Por otra parte, en lo que se refiere al proceso de revisión Due Diligence, la regla general es que la información obtenida del mismo conlleve la limitación de la responsabilidad del Vendedor, quedando en este caso Greed Group exonerado de la responsabilidad por todo aquello que haya puesto de manifiesto al Comprador durante la Due Diligence; siendo esencial aportar esta Due Diligence como medio documental de prueba.

Esta exoneración de responsabilidad pasa por acreditar que el Comprador tenía conocimiento de toda la información, por lo que Greed Group deberá probar extremos, tales como, haber incorporado al contrato, en soporte informático toda la información revisada. Esta información habrá sido, seguramente, facilitada a Sigaar en lo que se conoce como data room (bien física o bien virtual), que en muchas ocasiones, como ha sido el presente supuesto, incluye un Informe de Due Diligence encargado por el propio Vendedor (Vendors Due Diligence). Resulta patente, la ventaja de probar la voluntad de Greed Group de aportar toda la información posible para demostrar su transparencia.

Para impugnar el acuerdo social consistente en la ampliación de capital por compensación de créditos de forma abusiva, se deberá aportar el Acta y la Certificación que servirán como medio de prueba, más aún cuando dichos documentos no lleve adjunto el informe del órgano de administración, o en caso de aportarse, este informe no reflejaría con exactitud la existencia del supuesto crédito, pues no se ha contado con la opinión de un experto independiente, sino que únicamente se ha aportado la opinión del propio departamento contable de Sigaar.

(ii) Pruebas de Sigaar

Para que Greed Group incurra en responsabilidad es necesario que pruebe: (i) que Greed Group ha realizado una acción u omisión ilícita, que puede ser contraria a la ley o a los estatutos, a los acuerdos tomados en la Junta General de accionistas o derivada de actos realizados sin la

diligencia debida, (ii) que se haya producido un daño para NewCo sin que sea preciso que se produzca una efectiva disminución patrimonial, bastando con que el daño sea moral y que se derive de la acción u omisión del administrador, (iii) que se haya producido con voluntariedad en la conducta del administrador, es decir, es necesaria su culpabilidad. Por ende, el Sr. Fox debería probar cada uno de estos extremos para poder hablar de una supuesta falsedad contable.

3.6 Valor probatorio de los correos electrónicos.

En primer lugar, al amparo del artículo 324 LEC, los correos electrónicos debe ser considerados como documentos privados a efectos de prueba en el proceso.

Teniendo en cuenta el apartado 4º del artículo 469.1 LEC por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en relación con la valoración de la totalidad de las pruebas practicadas y en especial de la fuerza probatoria de los documentos privados (artículo 326 LEC) .

Y que el artículo 326 de la LEC dispone respecto de la impugnación que los documentos privados hacen prueba plena en el proceso su autenticidad no ha sido impugnada por la parte a quien perjudique.

Por tanto, los correos electrónicos son considerados en la jurisdicción civil como documentos privados a efectos de pruebas pudiendo ser aportados como medios de prueba aunque seguramente, la parte contraria los impugnará. Esta impugnación no sirve, por sí misma, para privar de valor probatorio, pues la impugnación de los correos conllevará la solicitud del cotejo pericial de letras o se deberá proponer otro medio probatorio útil al efecto, pues en caso contrario, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8ª), sentencia 7 de julio 2016 reconoce a los correos validez probatoria, en caso de no haberse desvirtuado por las restantes pruebas, lo que encaja perfectamente en el régimen jurídico de los documentos privados anteriormente analizados, pues como dice la Sentencia de la AP de Granada, sección 3ª del 9 de febrero de 2016, nº 23/2016.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), sentencia 22 de mayo de 2013 establece que "... 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. Y esa valoración permite llegar a la convicción de la realidad de los correos y de las reclamaciones con el efecto de interrumpir la prescripción".

La interpretación que los Tribunales hacen sobre el valor probatorio del correo electrónico en la jurisdicción civil cuando el correo es impugnado de contrario es que aunque sobre su autenticidad no se haya practicado prueba alguna podrán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica junto con el resto de medios de prueba.

4. ALGUNAS CUESTIONES MATERIALES A CONSIDERAR

4.1 Valoración de la Joint Venture

Los administradores mancomunados de Sigaar, el Sr. Bud Fox, propuso al Sr. Gekko la constitución de una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“**Newco**”), que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera, de tal forma que Sigaar tuviese una participación mayoritaria en una sociedad ajena al grupo de sociedades encabezado por Greed Group. La voluntad de crear una Joint Venture viene justificada por motivos de ahorro de costes, para garantizar la diversificación del riesgo, posibilitar acceso a mayor financiación para crecer, acceder a una mayor base de clientes, posibilidad de entrar en nuevos mercados geográficos (como fin perseguido en esencia por Sigaar), o profesionalización de la gestión.

Newco quedó configurada como una sociedad anónima. Esta forma mercantil requiere un régimen legal excesivamente rígido, como la obligatoriedad de informe de experto independiente en aportaciones no dinerarias, como ha sido analizado más adelante. La creación de Joint Venture a través de la creación de una sociedad, es una forma típica de operar por los Venture Capital, cuyo objetivo principal es ayudar a medianas y grandes sociedades maduras y que estén en declive a crecer y expandirse a través de financiación, consejo estratégico así como información crítica del negocio y tras un periodo de tiempo, desinvertir a través de su enajenación o salida a bolsa, de manera que sí este es el objetivo de Sigaar, habrá tratado de fijar una cláusula drag-along (derecho de arrastre) que obligue a Greed Group, en el momento de desinversión, a vender con él.

Es necesario que para la constitución de una Joint Venture, los futuros accionistas fijen un contrato denominado Pacto de Socios (Shareholder’s Agreement, SHA) por el que se acuerde su carácter vinculante con prevalencia sobre los estatutos o que, simplemente, se intente trasladar a los estatutos como prestación accesoria para conseguir así un efecto estatutario, con la siguiente vinculación de todos los accionistas, la propia NewCo, terceros, e incluso futuros inversores. El objetivo pretendido por Greed Group como accionista minoritario, será el asegurar más derechos y más peso político en la sociedad, y como no inversor, mantener el control de la gestión de la sociedad. Por el contrario, Sigaar, como accionista mayoritario tratará de obtener más peso político en NewCo y como inversor, tratará de asegurar su inversión obteniendo beneficios al respecto.

En este sentido, tendrá que acordar aspectos como las aportaciones tanto de capital, como de tecnología que deben aportar, cuál será el plan de financiación -si se realizarán financiaciones interna a través de desembolsos de capital o reinversión de los beneficios o, si por el contrario, se acudirá a una financiación ajena a través de préstamos bancarios, préstamos de los propios socios, préstamos participativos o cláusulas pay top lay-.

También, se fijarán cláusulas “lock up” o compromisos de permanencia, para evitar que los accionistas salgan de la sociedad en un periodo determinado, o se establecerá si existe la posibilidad de dar entrada a nuevos socios. El SHA también ha fijado cuál será la composición

del órgano de administración y las mayorías reforzadas del consejo, si existe sindicato de voto, y finalmente, el régimen de la transmisión de las acciones de la Joint Venture. La constitución de la Joint Venture bajo esta forma mercantil permite la posibilidad de exigir un número mínimo para asistir a las juntas o la posibilidad de limitar el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista y garantiza el principio de libre transmisión. El contenido del contrato tendrá que prever también si existen derechos de opción de compra o venta, si existen cláusulas penales o cláusulas de no competencia, cuál será la política de dividendos y la ley aplicable y jurisdicción ante cualquier eventual disputa, que en este caso se refiere a los tribunales de Valencia.

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

Con fecha 15 de noviembre de 2019 Sigaar y Greed Group firmaron una carta de intenciones (Letter of Intent), trato preliminar básico antes de constituir una Joint Venture, en la que se describían los términos esenciales de la operación, incluida la determinación del valor de las acciones y un periodo de validez de las declaraciones y garantías (Reps & Warranties – R&W) de 24 meses. Esta carta de intenciones, como ha concluido la doctrina y jurisprudencia¹⁰, tendrá el valor que las partes le otorguen pudiendo tener efectos jurídicos vinculantes.

Es muy común en la compra de sociedades (en este caso SPA) incluir que será condición indispensables de las apertura de las negociaciones llevar un proceso due diligence o auditoría externa, posibilidad que Greed Group ofreció a Sigaar. Además, el contenido de este acuerdo de intenciones suele prefijar un contenido indeterminado y condiciones suspensivas, que después del proceso due diligence se irán perfilando.

Es decir, los acuerdos de intenciones son acuerdos vinculantes dentro del ámbito de formación progresivo, de manera que, habiendo sido fijados, con un plazo de validez de 2 años, y firmados por ambas partes, se puede denotar el carácter vinculante sobre el valor de las acciones de Habanera. Además, después de concluir el proceso de información jurídica y financiera, donde Sigaar tuvo la ocasión de analizar cualquier contingencia, no se apreciaron causas que determinasen la necesidad de alterar los términos de la Letter of Intent, adquiriendo así una mayor vinculación entre las partes que las llevó a proceder conforme al acuerdo de intenciones con fecha 20 de diciembre de 2020.

Tras la realización de la Vendors Due Diligence y el Informe de auditoría por Pufosa no se han mostrado inexactitudes o datos distintos a los previstos en el Acuerdo de intenciones, por lo que se ha asegurado durante este análisis de información que Habanera cumple con las cualidades prometidas.

Se podría concluir, que las cláusulas de las Cartas de Intenciones se integran como formas de acuerdos vinculantes que forman la voluntad de forma progresivo del contrato. Es decir, si bien el acuerdo de intenciones no obliga a celebrar el contrato, conllevaría una responsabilidad extracontractual derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones de este trato preliminar, e iría constituyendo de forma progresiva un contrato vinculante en lo que se refiere a su objeto,

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, de 3 de junio 1998. Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, de 11 de abril 2000. Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, de 7 de junio de 2011 y Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, de 24 de junio de 2011.

consentimiento, exclusividad, pactos de confidencialidad etc., produciendo en este punto una responsabilidad contractual por el incumplimiento de obligaciones asumidas en el acuerdo de intenciones.

La jurisprudencia ha emitido respuestas casuísticas, por lo que no existen reglas generales. Las sentencias más esclarecedoras, como la STS de 11 de abril 2000, STS de 7 de junio de 2011 y STS de 24 de junio de 2001 establecen que los acuerdos de intenciones son de carácter precontractuales distintos del precontrato y que tienen cabida dentro de los tratos preliminares, que recogen acuerdos sobre la negociación sin llegar a constituir una oferta ni regular los aspectos esenciales del contrato contemplado. El objeto de la Letter of Intent es el perímetro de adquisición pero no debe constar en la Carta de Intenciones el objeto determinado pues es precisamente en la elaboración de la Due Diligence donde debe tenerse en cuenta cuantas participaciones interesan o a qué precio.

No obstante, estos acuerdos pueden recoger obligaciones vinculantes, por lo que cada vez más, la jurisprudencia los considera como contratos. Es esencial atender al comportamiento posterior de las partes, en este caso, Greed Group y Sigaar han ido actuando de conformidad con lo previsto en los acuerdos de intenciones. Finalmente, las partes deberán determinar que cláusulas son, o no, vinculantes, siendo con carácter general vinculantes las pautas sobre ley aplicable, jurisdicción, confidencialidad, plazo de las negociaciones y no vinculantes el objeto y precio.

En conclusión, no puede afirmarse que la Letter of Intent no sea legalmente vinculante, sin embargo, esta vinculación dependerá de la redacción de las cláusulas contenidas, tales como la indeterminación del objeto o la existencia de condiciones suspensivas. A estos efectos, no se han señalado entre Greed Group y Sigaar condiciones suspensivas relativas a la fijación del precio y el objeto del contrato ha quedado debidamente delimitado.

Los contratos de la operación, formalizados el 20 de diciembre de 2019 entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox, fueron elevados a público ante notario y, contenían declaraciones y garantías por parte de Greed Group con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera. Un breve apunte es establecer que en enero de 2021, dichas R&W ya no tendrían validez, pero sin perjuicio de ello, también cabe afirmar la imposibilidad de hacer responder a Greed Group por las manifestaciones y garantías contenidas, en base a lo siguiente:

La función principal de las declaraciones y garantías (Reps & Warranties – R&W) es asegurar al Comprador (Sigaar) de la existencia de ciertas características de Habanera como sociedad target, de forma tal que el Comprador tenga derecho a ser resarcido por el Vendedor en caso de falsedad.

En ese contexto, se ha producido un exhaustivo análisis de la situación de Habanera antes de su adquisición a través de la Vendors Due Diligence y del Informe de auditoría, por lo que el proceso de adquisición llevado a cabo por cuenta del Comprador con el alcance definido por el mismo tiene efectos sobre la responsabilidad del Vendedor por las participaciones vendidas pues, se ha concedido al Comprador la posibilidad de indagar de forma exhaustiva sobre los aspectos controvertidos de Habanera, su posición, es de menor inseguridad. Para ello habrá que estar a la cláusula de Manifestaciones y Garantías.

Por tanto, la negociación de las R&W permiten al Comprador obtener información de Habanera, que en este caso, no ha resultado ser incongruente con la Due Diligence y el Informe de Auditoría, siendo.

Así, la finalidad de las Manifestaciones y Garantías es, en favor de Sigaar, evitar los daños que pudieran surgir por vicios en el consentimiento derivado de la falsedad de las declaraciones de aquel, pues el Comprador llevará a cabo la operación de compraventa en función de la veracidad de las Manifestaciones y Garantías realizadas por el Vendedor, que han sido demostradas veraces durante el proceso Due Diligence. Por ello, habrá que observar la regulación del contrato en lo que se refiere a los mecanismos de reclamación y las garantías dadas en base a la veracidad de lo declarado, en caso de resultar probadas las inexactitudes que hayan podido acaecer.

Es necesario, analizar el carácter vinculante a través de la distinción de aquellas afirmaciones sobre determinados hechos o circunstancias, por ejemplo, el Vendedor lo garantizó a su leal saber, siendo una garantía de menor grado, por lo que Greed Group habrá intentado introducir el mayor número de cláusulas de “conocimiento”.

En conclusión, es importante subrayar, que el Vendedor responde frente al Comprador en caso de que la realidad se desvíe de lo establecido en el acuerdo de intenciones, pero en este caso no parece haber ningún desvío de la realidad, es decir, el Vendedor no responderá porque aseguró la existencia de una cualidad, y tras el Informe de auditoría y la Vendors Due Diligence se ha acreditado la veracidad de los términos.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que, estando ante un contrato realizado entre Sociedades dedicadas a la misma actividad la regla general es que la información derivada de la Vendors Due Diligence y del Informe de auditoría conlleve la limitación de la responsabilidad del Vendedor Esta exoneración de responsabilidad pasa por acreditar que Sigaar tenía un cabal conocimiento de toda la información facilitada a Sigaar en lo que se conoce como data room y, en consecuencia debería haber desplegado la máxima diligencia para indagar y verificar toda la información suministrada por Greed Group. Esta exoneración de responsabilidad se ve reforzada por el hecho de que: i) se nombró a un auditor externo e imparcial, designado por la propia Sigaar, ii) tras el análisis de auditoría, fue el propio Sr. Fox el que propuso la fijación del precio, iii) el acceso que tuvieron a los estados contables, determinan la fiabilidad de los datos contenidos en la Vendors Due Diligence y el Informe financiero y (iv) de haberse producido una falsedad contable esta se hubiera hecho patente en la auditoría de las cuentas consolidadas de Greed Group; de manera que en caso de haberse producido una falsedad contable, podría haber sido previsto por los administradores de Sigaar o los auditores destinados por los mismos. Una vez concluida la operación Sigaar no podrá adoptar una posición completamente distinta a la mantenida hasta el momento, pues ello implica: i) una actuación atentatoria de la doctrina de los actos propios y ii) una responsabilidad de los administradores de Sigaar por transgredir los deberes de lealtad.

SEGUNDA.- La ampliación de capital por compensación de créditos puede ser considerada como una conducta abusiva de Sigaar como accionista mayoritario de NewCo por entender que este acuerdo se ha impuesto de forma abusiva, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, y con la única finalidad de ver diluida la participación de Greed Group en NewCo. Además, puede entenderse que más que un abuso de derecho propiamente dicho, estamos ante una verdadera infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios, como podría ser verter acusaciones falsas o incumplir los requisitos legalmente previstos para la ampliación de capital por compensación de créditos en los artículo 199 RRM y 301 LSC, pues se ha acodado dicha ampliación sin contar con el Informe de administradores ni con la certificación de los auditores que acredite la exactitud del crédito, configurándose así como un indicio más sobre la falsedad de la acusación vertida sobre Habanera. Se deduce de esta forma el objetivo perseguido por Sigaar de acudir a una ampliación de capital por compensación de crédito pues, como ha establecido la DGRN, tratándose de una aportación no dineraria los accionistas no tienen derecho a la suscripción preferente de acciones, consiguiendo así diluir su participación mediante la emisión de las participaciones correspondientes al aumento a un tipo inferior a su valor real.

TERCERA.- El acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos se ha adoptado con una finalidad desleal y abusiva contraria al interés social de NewCo deviniendo la consiguiente responsabilidad del administrador de Sigaar. Esta conducta también genera responsabilidad del departamento de contabilidad de Sigaar pues una vez afirmada su incompatibilidad al no gozar de la suficiente independencia al amparo del artículo 16.2º LAC, incurre en dos actuaciones infractoras por parte de este departamento de contabilidad, a saber: i) maquillar el Informe para aplicar un EBITDA reducido a favor de Sigaar y, ii) realizar un Informe identificándose como auditor de cuentas al llevar trabajos propios de dicha profesión sin tener dicha cualidad de experto independiente e imparcial y (iii) haber cometido una infracción muy grave, a saber, emitir un Informe de auditoría con una opinión no acorde a las pruebas obtenidas durante su trabajo, pues en ningún momento ha quedado constatado.

CUARTA.- Greed Group sólo responderá de los daños posteriores a la transferencias pero que hayan surgido por una falta de adecuación entre el momento de la transferencia de propiedad de las acciones (el cierre) y lo declarado en el contrato de compraventa. Por el contrario, el Vendedor no responderá por daños que sufra la empresa después de la fecha de cierre y que no sean consecuencia de una disconformidad entre la empresa y las declaraciones del Vendedor en la fecha de cierre, por lo que habiendo pactado un precio basado en el modelo locked box y no habiéndose probado ningún tipo de falsedad en lo que respecta a los acuerdos de intenciones, el riesgo económico de la Sociedad Adquirida se produce en la fecha anterior a la firma del contrato, es decir, el momento de fijación de referencia de los estados financieros, que en nuestro caso se fijan según la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019, por lo que no cabría modificar la determinación del precio.

QUINTA.- La defensa de Greed Group también pasaría por afirmar que no podría cabe reajustar el precio de las acciones basado en la acción de saneamiento por vicios ocultos pues i) habiendo determinado la valoración del precio en las declaraciones y garantías, parece que el régimen de responsabilidad a tener en cuenta es el contenido en las R&W y no el previsto en el Código Civil referido a saneamiento por vicios ocultos, y ii) en caso de ser aplicable al caso concreto las reglas referidas al saneamiento por vicios ocultos, esta acción no podría prosperar, pues siendo una falsedad contable debe tratarse como un vicio aparente en el que un auditor experto en la materia, podría haberlo detectado fácilmente, en caso de ser cierto. No prosperará la acción de anulabilidad por considerar que el error no era excusable y tampoco concurrió dolo pues se concedió al Comprador la oportunidad de llevar a cabo una auditoría contable, tal y como sucede en nuestro caso y que se refleja como resultando una imagen fiel y exacta de Habanera.

SEXTA.- No se podría acusar a Habanera de falsedad contable pues nunca se apreciaron irregularidades contables en las cuentas consolidadas de Greed Group. Tampoco se ha evidenciado falsedades en el momento en que Pufosa Asesores Financieros como auditor examinó exhaustivamente los documentos contables a través de una análisis pormenorizado de los libros contables siendo esta labor, consistente en encontrar errores e irregularidades tendentes a ocultarlos, esencial en los supuestos que el precio se fija en un múltiplo de EBITDA con el fin de pagar el precio exacto por las participaciones de Habanera. Este Informe ha sido realizado por Pufosa Asesores Financieros una firma de auditoría de reconocido prestigio en España y, fue designada por la propia Compradora, por lo que su carácter profesional y transparente se puede corroborar.

SÉPTIMA.- Que, la exigencia de ajustar el valor de las participaciones no tendría cabida si atendemos a la doctrina de los actos propios que se deriva del fundamento legal contenido en el artículo 7.1 CC basado en la exigencia de actuar de buena fe en el ejercicio de los derechos, exigiéndose así que los hechos que uno exterioriza, es decir, la conformidad de Sigaar con la Vendor Due Diligence y el Informe de auditoría, impone la necesidad de que exista un comportamiento futuro acorde con los mismos, pues el procedimiento de adquisición de Habanera generó en las partes la confianza de que las cosas se iban a desarrollar según el procedimiento garantizado con las R&G y con el procedimiento de revisión jurídica.

OCTAVA.- Desde el punto de vista procesal, puede justificarse la competencia de los Tribunales de Valencia, pues al amparo del artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis, que reconoce la competencia jurisdiccional al órgano jurisdiccional de un Estado Miembro que las partes con

independencia de su domicilio han acordado que sean competentes. En cuanto a la competencia según las leyes españolas debe afirmarse la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, en concreto, los Tribunales de Valencia, en el domicilio social de la sociedad NewCO y se tramitarán por los cauces del procedimiento ordinario (artículo 52 LEC y artículo 86.ter de la LOPJ).

NOVENA.- Este procedimiento permite solicitar como medida cautelar la suspensión de acuerdos sociales, para garantizar la suspensión de la ejecución del acuerdo durante el proceso judicial, pues Greed Group ostenta el 5% del capital social de NewCo cumpliendo así con la legitimación cualificada, que exige, al menos, el uno o el cinco por ciento del capital social, según si la sociedad demanda hubiere o no emitido valores que estuviesen admitidos a negociación en el mercado secundario oficial.

DÉCIMA.- Que, la legitimación para entablar la acción de responsabilidad de los administradores en defensa del interés social deberá ser entablado por la sociedad pero difícilmente se podrá cumplir con el requisito previo de la Junta, pues i) Sigaar no impulsará el procedimiento para exigir responsabilidad a los administradores de NewCo, pues es el Sr. Fox tanto el administrador de NewCo como de Sigaar, y ii) en caso de que impulsase este acuerdo estaríamos, al amparo del artículo 228 c)LSC, el Sr. Fox y el Sr. Roist no tendrían la obligación de abstenerse en la votación del acuerdo, pues aunque existe un conflicto de interés se trata de un tema referido a su revocación como administrador, de manera que teniendo Sigaar el 95% de participación en NewCo difícilmente se podrá aprobar su revocación. Por tanto, habrá que ampararse en la legitimación de la minoría pues, Greed Group que representa más del 5% de NewCo tendría legitimación para entablar acción de responsabilidad frente a los administradores. Todo ello sin perjuicio de la acción individual que Greed Group podría ejercitar, al amparo del artículo 241 LSC, que permite a Greed Group ejercitar las acciones de indemnización que le corresponde por actos de administradores, en concreto del Sr. Fox, que lesionen directamente los intereses de aquellos.

UNDÉCIMA.- En aplicación del artículo 206.2 LSC, Greed Group tiene dispone de legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales contrarios al orden público. La impugnación del acuerdo por abusivo podrá configurarse bajo la figura de litisconsorcio activo en caso de que Greed Group sus accionistas o administradores, o los de Habanera se quisieran personar en el procedimiento, pues este artículo 206.2 LSC concede legitimación para impugnar a cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero. Que Greed Group igualmente dispone de legitimación activa para impugnar el acuerdo social, en el caso de no entenderse el acuerdo contrario a la ley y a los estatutos, sino considerarse impuesto de forma abusiva por Sigaar, pues Greed Group representa más del 1% del capital social y tiene la condición de accionista.

DUODÉCIMA.- Para corroborar las alegaciones de Greed Group se podría proponer como medios de prueba: (i) la aportación de los documentos que reflejen la imagen fiel y transparente de los estados contables, como puede ser, las cuentas anuales del grupo consolidados, las cuentas anuales de años anteriores o el informe de auditoría, si lo hubiere; (ii) el informe de Pufosa Asesores Financieros que refleja el estado fiel de los documentos contables, así como su carácter de auditor independiente pues fue designado por la propia Sigaar así la aportación documental que acredite que se incorporó al contrato, en soporte informático toda la información revisada. , (iii) el Acta y la Certificación de la Junta General de NewCo que refleje la ampliación de capital sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, como la ausencia del Informe del

administrador único que acredite la necesidad de ampliar capital para compensar el crédito; y (iv) el cargo profesional del departamento de contabilidad de Sigaar que carece de la suficiente imparcialidad.

6. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Legislación.

Código Civil.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000).

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones estructurales de las Sociedades (BOE De 4 de abril de 2009).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE de 4 de diciembre de 2014).

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE de 3 de julio de 2010). 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo de 2011).

Jurisprudencia y doctrina

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, de 30 de marzo de 2011 [JUR/2011/140936].

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), Sala 1ª, de 14 de octubre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5292]

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), Sala 1ª, nº 852/2009, de 21 de diciembre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:852].

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, nº 541/2015, de 3 de febrero de 2016 [Id. Cendoj: 28079119912016100001].

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), Sala 1ª, nº 73/1988, de 21 de abril [ECLI:ES:TC:1988:73].

Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2002.

STJ (Sala Primera), nº 18/2004, de 13 de septiembre.

Sentencias de las Audiencias Nacionales

SAP de Coruña, nº 134/2011, de 30 de marzo de 2011 [15030370042011100128].

SAP de Tenerife, nº 39/2012, de 24 de enero de 2012 [38038370042012100039].