



**COMILLAS**

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

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

Autor: Alejandro Urrizburu Santos

Tutora: Sara Díez Riaza

Madrid, enero de 2021

## **ÍNDICE DE REFERENCIA**

<b>1. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS Y CONCLUSIONES .....</b>	<b>3</b>
<b>2. INFORME CON LAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS PARA EL SR. GEKKO EN NOMBRE DE GREED GROUP .....</b>	<b>4</b>
<b>2.1. CUESTIONES PROCESALES A TRATAR.....</b>	<b>4</b>
2.1.1. Atendiendo a la cláusula de sumisión expresa: competencia y jurisdicción .....	4
2.1.2. Legitimación activa y pasiva de las partes. No concurrencia de litisconsorcio pasivo	6
2.1.3. Procedimiento en virtud de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	7
2.1.4. Proposición de prueba y medios de prueba .....	8
2.1.5. Medidas cautelares inaudita parte .....	8
<b>2.2. CUESTIONES JURÍDICAS A TRATAR .....</b>	<b>10</b>
2.2.1. Inicio de acciones judiciales: el derecho de preferencia de Greed Group y la existencia de abuso de la mayoría en el aumento de capital por compensación de créditos .....	10
2.2.2. Responsabilidad de la firma de auditoría.....	16
2.2.3. Responsabilidad de administradores .....	18
2.2.4. Aspectos societarios intragrupo.....	20
2.2.5. Potencial infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko .....	22
2.2.6. Valor del acuerdo de manifestaciones y garantías de los contratos .....	24
2.2.7. Valor probatorio de los correos electrónicos.....	25
<b>3. ESCRITO DE DEMANDA INICIAL DE ACUERDO CON LA DECISIÓN ESTRATÉGICA ELEGIDA: DEMANDA EN EJERCICIO ACUMULADO DE LAS ACCIONES DE ANULACIÓN Y NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE.....</b>	<b>27</b>
<b>4. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN. ALTERNATIVAS DE LA PARTE ADVERSA .....</b>	<b>47</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>51</b>

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS Y CONCLUSIONES

En aras a confeccionar tres informes que otorguen fundamentación a las visicitudes que se esbozan en el supuesto de hecho susceptible de evaluación, se efectúa un examen jurídico de las alternativas estratégicas para el Sr. Gekko, en nombre de Greed Group en el que se valoren los compendios fundamentales a tener en cuenta para iniciar acciones judiciales o neutralizarlas. En efecto, el Sr. Gekko ostenta distintas vías en aras a blindar sus derechos y en combatir las potenciales acciones que por parte de la defensa del Sr. Fox, en nombre de Sigaar.

Se realiza un examen de las cuestiones procesales objeto de controversia como son la cláusula de sumisión expresa que aplica entre la sociedad Habanera y Greed Group, pero no Newco, y que contiene todos los requisitos de validez procesal, formal y sustancial, así como la no concurrencia de litisconsorcio pasivo para recomendar al Sr. Gekko que solicite la adopción de medidas cautelares inaudita parte que bajo el paraguas de la ejecución del aumento de capital se ve diluida su participación. Se concluye que se requiera la adopción medida reclamada es doble, la primera, suspender los efectos de los acuerdos sociales adoptados en la Junta del 27 de abril de 2020; y, la segunda, dejar en suspenso todos los actos coetáneos y posteriores que sean trasunto directo del acuerdo llevado a cabo.

Asimismo, se elabora una tesis jurídica sobre las posibles acciones y alternativas que el Sr. Gekko posee para concluir que la modalidad más recomendable para el presidente del Consejo de Greed Group es entablar, y así se redacta en el punto tercero Isita para su interposición, una demanda en ejercicio acumulado de las acciones de anulación y nulidad de los acuerdos sociales y solicitud de medidas cautelares inaudita parte.

Por último, se diseñan las alternativas de la parte adversa en el que el Sr. Gekko puede verse demandado por dos acciones edilicias concluyendo que la acción que vaticinamos ejercitará la parte contraria es la *quanti minoris*, que halla en su *ratio legis* la equivalencia en las circunstancias del contrato, admitiendo que el valor se conciliase con el precio del bien al valor de la cosa.

## **2. INFORME CON LAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS PARA EL SR. GEKKO EN NOMBRE DE GREED GROUP**

El objeto del presente informe consiste en la elaboración de un examen que explore todas las incidencias jurídicas que logren perturbar los intereses del Sr. Gekko. Desde un análisis de los puntos procesales relevantes a tener en cuenta para esbozar los argumentos jurídicos en cuestión.

### **2.1. CUESTIONES PROCESALES A TRATAR**

#### **2.1.1. Atendiendo a la cláusula de sumisión expresa: competencia y jurisdicción**

La jerarquización de los foros de competencia judicial internacional, que caracteriza al Reglamento “Bruselas I bis” es clave para conocer correctamente la competencia y jurisdicción. Este Reglamento europeo, de Derecho procesal civil internacional, contempla un árbol jerarquizado de foros de competencia judicial internacional que contiene: competencias exclusivas (cúspide de jerarquía), sumisión tácita (segunda clase jerárquica), sumisión expresa (tercera altura de jerarquía) y, en la última categoría o peldaño jerárquico (lo cual involucra que, en defecto de los foros anteriores, el demandante pueda elegir entre uno u otro), participa tanto el foro del domicilio del demandado como los foros especiales por razón de la materia (en nuestro supuesto, el foro especial en materia contractual)

El art. 25 RB I-bis regula la sumisión expresa. Para producir los efectos que le son propios, el acuerdo atributivo de competencia debe cumplir tres tipos de exigencias o requisitos. En consecuencia, la cláusula de sumisión expresa en virtud de la cual se obligaron a litigar ante los Tribunales de Valencia debe acometer los siguientes extremos y ningún otro para su validez.

En primer lugar, requisitos de validez procesal. Se contienen en el mismo art. 25 RB I-bis y en otras disposiciones generales del Reglamento Bruselas I-bis. Se exige: (a) Que exista un auténtico “acuerdo atributivo de competencia”, un pacto entre las partes en cuya

virtud se designan los tribunales competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre tales partes; (b) Que se elijan como competentes los tribunales de un Estado miembro; (c) Que el litigio al que se refiere el acuerdo afecte a una “situación internacional”; (d) Que el asunto sometido pertenezca a materia “contenciosa” y no de “jurisdicción voluntaria”; (e) Que el acuerdo no afecte a materias que son objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros (art. 25.4, art. 24 RB I-bis); (f) Que el acuerdo expreso de sumisión se refiera a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica.<sup>1</sup>

En segundo lugar, requisitos de validez formal. Se regulan también en el mismo art. 25 RB I-bis, que exige el respeto a una forma determinada ad solemnitatem. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: (a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; (b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o (c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

Por último, requisitos de validez sustancial. Son los requisitos relativos a la capacidad de las partes y al consentimiento de las mismas para pactar la sumisión a los tribunales de un Estado miembro. Se rigen por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes de modo exclusivo, incluidas sus normas de conducto de interés.

Es de considerable análisis, las consecuencias de la ruptura de la cláusula de sumisión. Si una parte incumple su obligación de litigar ante unos concretos tribunales, en esta caso ante los de Valencia, tal y como ha pactado con otra parte, y ejercita acciones judiciales ante otros tribunales diferentes es preciso calibrar las consecuencias de dicha conducta. El Reglamento Bruselas I-bis guarda silencio al respecto. Dos posiciones se han mantenido: (i) Ciertos expertos defienden que el acuerdo atributivo de competencia presenta un relieve procesal muy marcado. Por ello, las consecuencias de ese incumplimiento deben ser estrictamente procesales: el tribunal al que el que la parte ha

---

<sup>1</sup> CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Derecho Internacional Privado Volumen I”, Comares, 2017, p. 246 y 247.

acudido se declarará, en su caso, incompetente; (ii) Otros especialistas defienden que el acuerdo atributivo de competencia es, en realidad, un contrato. Así es, en particular, en los sistemas jurídicos Common Law. Por ello, la parte perjudicada que ha sido llamada por otro tribunal distinto del pactado y que ha tenido que litigar ante tribunales que no fueron los pactados, podrá demandar a la otra parte por incumplimiento del pacto y solicitar una indemnización por daños y perjuicios. En tal sentido se ha pronunciado la Sentencia de Tribunal Supremo de 12 enero 2009 ante un incumplimiento de sumisión en favor de los tribunales de Barcelona mediante demanda presentada ante tribunales norteamericanos en busca de punitive damages.

Las partes, esto es, Greed Group y Seggar quedarán vinculadas por esta cláusula de sumisión expresa, siempre y cuando no ocurra que en el momento de presentar la demanda, el demandante la presente ante otros Tribunales y la parte demandada conteste a la demanda en esos Tribunales sin plantear la respectiva declinatoria que en este caso procedería. Se habría producido en este caso una sumisión tácita a otros Tribunales, que por voluntad de las partes -al no haber manifestado nada al respecto- prevalecería sobre la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Valencia.

### **2.1.2. Legitimación activa y pasiva de las partes. No concurrencia de litisconsorcio pasivo**

No existe objeción alguna a la hora de afirmar que la legitimación activa es la que corresponde al demandante en el proceso, mientras que la legitimación pasiva es la que ostenta el demandado. Es muy relevante verificar la primera, porque sin ésta el actor no puede hacer valer sus pretensiones en el proceso, al verse éstas desestimadas. Es la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 10, se consagra esta cuestión, determinando al efecto que *“serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica y objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”*.

Incumbe a la parte actora acreditar que ostenta legitimación para ejercitar el derecho que hace valer en juicio. El hecho de que no pueda probarlo hace decaer la posibilidad de ejercicio de la acción. Resultará conveniente también asegurarse que la parte demandada también presenta legitimación pasiva con respecto al derecho ejercitado.

Para mayor concreción y vaticinando que nos encontramos en sede de impugnación de un acuerdo nulo, es la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 206 apartado primero y segundo la que fundamenta la legitimación en la impugnación de acuerdos sociales a aquel administrador, tercero con interés legítimo y socios que representen al menos el uno por ciento del capital.

En caso de falta de legitimación, la parte demandada tendrá que manifestarlo en su contestación a la demanda y acreditarlo ulteriormente en la audiencia previa o en el juicio en virtud de los artículos. 418 y 443 LEC.

En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 206 de la LSC, en su apartado 3, establece que las acciones de impugnación deben dirigirse contra la sociedad.

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario trae su fundamento en la exigencia de impedir que puedan verse afectados por una resolución judicial quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio, de igual modo, la de frenar que se produzcan sentencias contradictorias sin posible ejecución.

La legitimación para sustentar la acción contra acuerdos sociales es de la mercantil, pues incumbe a la circunspección del acuerdo de su junta general como acto jurídico unitario imputable a la sociedad y, desde el punto de vista procesal, a la titular de la relación jurídica que por ende mantiene la empresa (véase artículo 10 LEC). La legitimidad pasiva no atañe a ninguna otra parte. En concreto, ni los accionistas que votaron a favor ni el administrador de Newco que promovió el acuerdo de aumento objeto de impugnación se encuentran en situación de litisconsorcio pasivo necesario respecto a la sociedad. Así lo consagra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2012 (teniendo en cuenta su potencial intervención en el procedimiento (así lo puntualiza la Sentencia de Tribuna Supremo de 15 de enero de 2014).

### **2.1.3. Procedimiento en virtud de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

Encontramos respuesta al procedimiento que se debe entablar en los artículos 248 y 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en el artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital. Dispone el art. 248 LEC en su párrafo segundo, las clases de procesos

declarativos: (i) el juicio ordinario, y (ii) el juicio verbal. Sin perjuicio de que ex lege se exija una tramitación procedimental específica del litigio (véase el procedimiento monitorio o de desahucio, entre otros) se tramitarán mediante un procedimiento declarativo, que se divide, a su vez, en dos, que resultan excluyentes el uno del otro. Son el ordinario y el verbal.

A tenor del artículo 207 LSC, en materia de impugnación de acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario. Asimismo, en virtud de lo previsto en el artículo 249.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se decidirá el presente litigio en el juicio ordinario por tratarse de una demanda en materia de impugnación de acuerdos sociales. En suma, el art. 249 establece la aplicabilidad de las reglas del juicio ordinario cuando el litigio en cuestión se centre en determinadas materias, o acoja una determinada cuantía (los pleitos de más de 6000 € o de cuantía indeterminada).

#### **2.1.4. Proposición de prueba y medios de prueba**

Se consagra en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil los medios de defensa de las que disfrutaban las partes en el litigio para que, acreditando así los hechos, puedan defender sus pretensiones. Atendiendo al supuesto objeto de análisis y dado que Sigaar BV considera que Habanera S.A.U. ha cometido irregularidades contables en aras a incrementar el EBITDA del año 2019 (con el supuesto propósito de obtener un mayor precio por sus acciones), lo aconsejable a esta parte se circunscribe a la solicitud de un informe pericial, en virtud del artículo 299.1.4ª LEC.

#### **2.1.5. Medidas cautelares inaudita parte**

En virtud de lo previsto en el artículo 721 y ss de la LEC, a esta representación le conviene solicitar, y así se desarrolla en el apartado siguiente del escrito de demanda, la adopción de medidas cautelares “inaudita parte”, consistentes en: (i) Dejar en suspenso los acuerdos sociales adoptados en la sociedad NEWCO S.A. en la Junta del 27 de abril de 2020 y; (ii) Dejar en suspenso todos los actos coetáneos y posteriores que sean trasunto directo del acuerdo llevado a cabo.

La necesidad en adoptar las presentes medidas cautelares inaudita parte responde al riesgo que supone para mi representado, que se lleva a término la ejecución del aumento de capital se vea diluida su participación, con el perjuicio que esa circunstancia puede suponer de cara a sus intereses legítimos.

Concurren los presupuestos necesarios con fundamento en la tutela cautelar anticipatoria, en primer lugar, ya que aplica el *periculum in mora*. Así lo consagra el artículo 728.1 LEC cuando determina que se podrán adoptar tales *“podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela”*. Además, las presentes medidas cautelares se solicitan *“inaudita parte”* y con carácter previo a la demanda de retroacción, ya que esta parte entiende que se dan sobradamente los requisitos establecidos en los artículos 730.2 y 733.2 de la LEC para proceder de este modo.

El fundamento de las medidas cautelares se dirige a asegurar sea dictada con incidencia en una situación neutral, reformadora por imperio judicial de la existente al tiempo de pretender, y que adelante el resultado del proceso, evitando que la resolución resulte inefectiva de hecho. No se trata de conservar el *“statu quo ante”* sino de suspender cautelarmente el acuerdo social adoptado y suspender todos los actos coetáneos para proteger los intereses del representado.

Para ello es necesario: (i) Que la parte solicitante acredite el peligro de mora procesal, es decir, el riesgo de la demora o la infructuosidad de la tutela judicial que en su día pudiera merecerse (*“periculum in mora”*); (ii) Que le asista una apariencia de buen derecho, es decir que, sin prejuzgar el fondo del asunto, sea positivo el juicio indiciario de la existencia del derecho reclamado (*“fumus boni iuris”*).

La motivación para adoptar las medidas *“inaudita parte contraria”*, se conecta con la del *“periculum”* procesal cualificado del asunto para una cautela anticipatoria, esto es, que la adopción de inmediato sea necesaria a fin de que no se consolide un estado de cosas que convierta en ineficaz en la práctica una futura sentencia que declare nula la

adopción de los acuerdos sociales impugnados, y ello con el perjuicio de tener que ir deshaciendo todos los actos que en ejecución del mismo se hayan llevado a cabo, y todo ello sin perjuicio de que forma parte del petitum de la demanda principal.

Este segundo requisito necesario para la obtención de toda tutela cautelar es la “apariencia de buen derecho” o “fumus bonis iuris”, donde la tutela cautelar no descansa en la plena convicción o certeza acerca de los referidos extremos, sino en la probabilidad de que la resolución final acoja la pretensión principal del actor. Por último, prestar caución.

En consecuencia, La medida reclamada es doble, la primera, suspender los efectos de los acuerdos sociales adoptados en la Junta del 27 de abril de 2020; y, la segunda, dejar en suspenso todos los actos coetáneos y posteriores que sean trasunto directo del acuerdo llevado a cabo.

## **2.2. CUESTIONES JURÍDICAS A TRATAR**

### **2.2.1. Inicio de acciones judiciales: el derecho de preferencia de Greed Group y la existencia de abuso de la mayoría en el aumento de capital por compensación de créditos**

#### **2.2.1.1. Derecho de preferencia de Greed Group en sede de aumento de capital por compensación de créditos**

Cuando hablamos de aumentos de capital por compensación de créditos, encontramos visitudes que traen origen en dos grandes fundamentos: el primero, fáctico, relacionado con la asimetría existente entre la mayoría y la minoría en tanto en cuanto son titulares de créditos dispuestos a compensar. Este aumento de capital por compensación de créditos de los socios frente a la sociedad, siendo la armonía de los créditos de la mayoría respecto de la minoría superior a la proporción en el capital social, no es en sí mismo objeto de crítica. Ello es espejo de la realidad: la mayoría del

accionariado que tendrá por ende mayor imperio en la gestión de la sociedad, es más proclive que la minoría a otorgar financiación a la sociedad. Empero, en sede de conflictos societarios, la mayoría puede tener un específico interés bajo el paraguas de la institución del aumento de capital a fin de aumentar su distancia con la minoría en el accionariado de la sociedad. A sensu contrario, es muy factible con este instrumento, diluir al socio minoritario sin necesidad de desembolsos añadidos. A mayor abundamiento, recordemos que ante una potencial situación de concurso, el crédito otorgado por el socio a la sociedad tiene la calificación de crédito subordinado y ya conocemos la gran dificultad que entraña recuperar tal crédito. En consecuencia, capitalizar los créditos es atrayente a efectos de conquistar poder político en la sociedad en perjuicio del minoritario, sin necesidad de realizar desembolsos y convirtiendo llanamente en capital créditos inferiores a otros que puedan ostentar frente a terceros.

En segundo lugar, trae origen en un fundamento jurídico: esta modalidad de aumento de capital, en principio, no trae consigo derecho de preferencia lo que aventura una oportunidad perfecta para que el titular de créditos compensables, en este caso Sigaar BV, y que es mayoría, aumente su proporción en el capital social en perjuicio del minoritario que no ostenta crédito convertible alguno.

A la pregunta sobre la existencia de derecho de preferencia en los aumentos de capital, el avance normativo nos otorga la respuesta. Desde la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales que en virtud del apartado decimosexto de la disposición final primera consagró el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias, dejando fuera a las demás modalidades de aumento.

A partir de ese momento, la doctrina mayoritaria concibe que no existe derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos en tanto no se encuadra en la modalidad de aumento con cargo a aportación dineraria. Se debe subrayar lo siguiente, esta afirmación no significa necesariamente que por ende el aumento por compensación de créditos sea entonces un aumento con cargo a aportaciones no dinerarias. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los

Registros y el Notariado de 5 y 7 de febrero y 8 de junio de 2012 y de 2 de octubre de 2015 así como la SAP de La Coruña de 25 de mayo de 2017 (JUR 2017, 174053) y la más actual SAP de Pontevedra de 27 de marzo de 2019 (JUR 2019, 184725).

Sin embargo, hay voces autorizadas<sup>2</sup> que mantienen el reconocimiento de este derecho a los aumentos de capital por compensación de créditos. Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *“el aumento de capital por créditos compensatorios es un aumento ordinario, es decir contra aportaciones dinerarias, en el que el precio de las acciones suscritas se paga según el mecanismo de compensación simplificado”*. De ello se desprende que, según esta tesis, existe un aumento con cargo a aportaciones dinerarias cuando nos encontramos en sede de aumento por compensación de créditos, subsumible en el artículo 304. 1 de la LSC.

Concluyentemente, es una tesis bien fundada y, a mayor abundamiento, tentadora, ya que admitiría solucionar la mayoría de los problemas que surgen en torno a esta modalidad de aumento del capital. Si el aumento de la compensación crediticia se carga a las aportaciones dinerarias, la norma es la identificación del derecho de preferencia y, en consecuencia, la mayoría consigue quedar menos seducida a proponer ampliaciones de capital por compensación crediticia para fines no claramente relacionados con el interés social. Empero, en este supuesto, en lugar de concebir que nos encontramos en sede de aumentos con cargo a aportaciones dinerarias, el amparo de la minoría debe pasar por la senda de decretar si se puede valorar o no un escenario de abuso por parte de la mayoría en menoscabo de la minoría. La respuesta seguramente no sea tan grata como la proposición, pero se incardina más a la naturaleza de esta categoría de aumento del capital.

Es necesario traer a colación la SAP de La Coruña, de 25 de mayo de 2017 (JUR 2017, 174053) que consagra *“el derecho de suscripción preferente - fuera del marco de la típica operación de acordeón que rige el artículo 343 de la TRLSC - se conserva hoy legalmente en los aumentos de capital con la emisión de nuevas acciones con cargo a aportes*

---

<sup>2</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *“Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica”*, Civitas, Madrid, 1995

*dinerarios (artículo 304 TRLSC), modalidad que la ley diferencia de otras (aportes no dinerarios, incremento por compensación de créditos, por conversión de obligaciones o con cargo a reservas)”. Con esto no es cómodo mostrarse conforme sobre la equiparación de los aumentos de capital por compensación de créditos en aumentos con cargo a aportaciones dinerarias. Con todo, se reitera, se está simplemente aspirando a exponer lo que son los aumentos con cargo a aportaciones dinerarias, exclusivo supuesto que enuncia el artículo 304.1 de la LSC para consagrar y legislar el derecho de preferencia.*

#### **2.2.1.2. El abuso de la mayoría en el aumento de capital por compensación de créditos**

Ya se previene en sendas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de la obligación de dureza en su examen en los aumentos de capital por compensación de créditos. En concreto, en RDGRN de 2 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4585) perpetuaba en esta idea, argumentando que *“esta Dirección General subrayó la necesidad de ser extremadamente rigurosos en los casos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda ocultar una maniobra de aplazamiento del derecho individual del socio a mantener su porcentaje de participación en el capital social”*.

Para decretar la posible presencia de un abuso en el acuerdo de un aumento de aumento de capital por compensación de créditos, es ineludible remitirse al artículo 204. 1 LSC, según el cual los convenios que *“lesionan los intereses social a favor de uno o más socios o terceros”*. El artículo añade una primicia que radica en la integración en acuerdos contrarios al interés social de los llamados acuerdos abusivos. Según el precepto 204. 1 II LSC, *“el perjuicio al interés social también se produce cuando el acuerdo, incluso sin causar daño al patrimonio de la empresa, es ilegalmente impuesto por la mayoría. Se entiende que un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, es adoptado por la mayoría en su propio interés y en perjuicio injustificado de los demás socios”*. Se trata, pues, de una especie de “clasificación jurídica” de los acuerdos abusivos como una categoría inferior

de los acuerdos contrarios al interés social, en los que se pueden distinguir dos casos: los de acuerdos contrarios al interés social *stricto sensu* y los acuerdos que lo son porque constituyen un abuso de la mayoría.

Por supuesto, el aumento debe acogerse en pro de los beneficios de los accionistas mayoritarios y en perjuicio indebido de los accionistas minoritarios. Por otro lado, no es necesario dañar el patrimonio social, es decir, pueden existir acuerdos abusivos que no afecten e incluso beneficien el patrimonio social. Y el requisito de que el acuerdo no responda a una “necesidad adecuada” de la sociedad es fundamental.

De hecho, cuando se trata de la “necesidad adecuada” de la sociedad, significa que no es suficiente con descartar el abuso de que el acuerdo no comprometa los activos sociales. Se necesita algo más. Y esta otra cosa radica en la existencia de una razón objetiva que, desde el punto de vista del interés social, justifica la aceptación del acuerdo y el resultante renuncia de la minoría. En caso de no lograr una justificación, para el legislador la conclusión es que el aumento se efectuó con el fin de favorecer a la mayoría y lesionar a la minoría.

En suma, por tanto, si se propone un aumento de capital para compensar créditos, se debe juzgar si la decisión está respaldada por una “necesidad adecuada” de la empresa. No devendrá bastante argüir que cualquier acuerdo de aumento de capital es, por antonomasia, fructífero para la sociedad. Debe porbarse (por la mercantil) que este aumento específico y, en particular, la modalidad elegida, se justifica objetivamente por motivos precisos afines al mejor progreso de la actividad social.

Si se concluye que la idea de diluir del socio predominó en la propuesta, estaremos más próximos al abuso. Sin embargo, si se concibe que el tema principal era el cuidado al entorno y escenario de la sociedad, estaremos más alejados de ello.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.<sup>3</sup>, lo explica citando ejemplos precisos de algunas de las resoluciones acontecidas: *“Lógicamente no existirá derecho de suscripción preferente,*

---

<sup>3</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital”, Bosch, Barcelona, 2018, p. 798

*ya que las nuevas acciones se asignan rectamente al acreedor (que abandona su condición). Esto también ha llevado a algunas suposiciones engañosas: para sortear la igualdad de trato y el derecho de preferencia, algunos socios mayoritarios proporcionan en régimen de préstamo dinero a la empresa y con corta diferencia realizan un acuerdo incremental por compensación de créditos, acrecentando así su participación en el capital sin que prácticamente queden minorías. En estos casos de fraude, el aumento podría ser impugnado por violación de la igualdad de trato si se demuestra esta intención. Al respecto, STS de 23 de mayo de 2008 y RDGRN de 7 de junio de 2012. Sin embargo, en sentido contrario RDGRN de 2 de octubre de 2015 (LEY 16266/2015), que consideró que no hay indicios de que el préstamo ejecutado unos días antes de la adopción del aumento por compensación fue causado por aumentar su proporción en el capital”.*

Varias Sentencias de las Audiencias Provinciales españolas, han consagrado esta alegación, entre ellas la Audiencia Provincial de Madrid que en fecha 23 de noviembre de 2012 (ROJ: SAP M 21104/2012) sentenció que el fin último del aumento por comensación de créditos fue el quebranto y menoscabo a la minoría. Era una mercantil que tenía una praxis constante en la que los socios acordaban ciertas obligaciones financieras de la empresa. Cuando se incrementaron las tiranteces entre los socios, el grupo minoritario de socios zanjó no seguir involucrado en esta política. A continuación se planteó una ampliación de capital para compensar determinados préstamos de préstamos concedidos por la mayoría a la empresa en este contexto de disputa, en días próximos a la ampliación de capital y sin facilitar a las minorías la posibilidad de involucrarse en la financiación.

Por otro lado, se pueden equiparar otros supuestos en los que se consideró que el aumento de capital, a pesar del consiguiente menoscabo a las minorías, manifestaba una necesidad adecuada de la empresa y en ningún caso poseía como propósito principal el daño a la minoría, en consecuencia, no alcanzaba el reproche del abuso. Tomando la misma Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 26 de octubre de 2015 (AC 2016, 64) que se circunscribe a un aumento de capital por créditos compensatorios (combinado con un aumento atribuible a aportaciones dinerarias)

acordado en el ámbito de la maniobra de refinanciación indispensable para la persistencia de la actividad de una sociedad cotizada. Así, se explica que, en este caso, en comparación con la opción sugerida por la minoría que impugnó los acuerdos, *“no cabe afirmar que se diluya su participación ni siquiera como consecuencia de la revocación del acuerdo adoptado en mayo de 2010”* y que *“el interés social consistía en obtener ese reequilibrio de los fondos propios que se pretendía lograr por medio de los acuerdos impugnados”*

Por último, y en aras a analizar la más reciente jurisprudencia que se pronuncie sobre el objeto de análisis, debemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 27 de marzo de 2019 (JUR 2019, 194745) en virtud de la cual se examinaba en sede de capitalización de créditos, si el acuerdo había sido o no llevado en perjuicio de la minoría. La Sentencia viene a rezar que *“los acuerdos de aumento de capital en una crisis económica y la reestructuración y refinanciamiento de la deuda solo respaldan los intereses corporativos”* y de igual modo, *“ni la modalidad de aumento de capital logra acreditarse que poseyera finalidad de dilución de la participación de un socio minoritario (...) puesto que con ello se estaba perdiendo la posibilidad económica de continuación de la mercantil en situación de crisis”*. En suma, en caso de efectuarse como consecuencia de un acuerdo de reestructuración cabe la posibilidad de impugnar en virtud del artículo 204 LSC, empero los visos de prosperar tal pretensión serán ínfimos.

### **2.2.2. Responsabilidad de la firma de auditoría**

Los auditores pueden verse sometidos en responsabilidad penal y civil, con sujeción a una norma específica en el desempeño de sus funciones, a saber, la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. El artículo 26 de esta Ley contiene la responsabilidad civil derivada de la auditoría, estableciendo que *“los auditores y empresas auditoras serán responsables de los daños y perjuicios que surjan por el incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con las normas generales del Código Civil, en las particularidades establecidas en este artículo”*. Por tanto, la responsabilidad de los

auditores puede devenir contractual y/o extracontractual (véase el incumplimiento de la lex artis de la auditoría que posee una sucesión de consecuencias negativas contra el interés general, ya que afecta negativamente a terceros que no están en la relación contractual, como los accionistas).

Existen pronunciamientos de nuestros Tribunales en el sentido de considerar que las obligaciones que asumen los auditores son de medios y no de resultados, además de consagrar que su responsabilidad no es objetiva y de ningún modo se aplica a la teoría del riesgo (véase la Sentencia núm. 7/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, de 9 de enero de 2017 (JUR 2019, 95823).

Para cumplir con la responsabilidad contractual en términos de auditoría, la Sentencia de Tribunal Supremo núm. 441/2016 de 1 de julio de 2016, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2015 (JUR 2015/215594), considera esencial cumplir con determinados requisitos como son: (i) un acto ilícito del auditor en el contexto de una relación contractual, ii) que la conducta del auditor es reprochable al haber actuado con elementos de dolo o negligencia, iii) que el perjuicio fue causado a la empresa auditada, iv) que existe un relación causal entre el daño a la empresa auditada y la conducta ilegal del auditor. De hecho, este último es el más complicado de probar y el más relevante es el vínculo causal entre el desempeño del auditor y el daño involucrado.

Además de esta medida de responsabilidad, la Ley de Auditoría de Cuentas contiene una serie de sanciones adicionales en el Título III para este tipo de aceptación. En concreto el artículo 68 asigna autoridad administrativa sancionadora al Instituto de Contabilidad y Auditoría. De acuerdo al listado de infracciones contenidas en esta norma, puede derivar en una infracción muy grave, la cual, de acuerdo al Art. 72. a) LAC ocurre cuando *“la elaboración de informes de auditoría cuya opinión de auditoría no corresponde a la evidencia del auditor obtenida en su trabajo son consistentes, siempre que exista dolo o negligencia particularmente grave o imperdonable ”*. Si realmente se cometió una infracción, está vinculado a ella.

Finalmente, igualmente se puede asumir responsabilidad penal por la realización de la auditoría. Existe jurisprudencia reciente, en concreto la Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. 14/2020, de 6 de octubre de 2020 (JUR 2020/272696), que condena a una oficina de contabilidad como responsable del delito de falsificación de información comercial y financiera. De la misma manera, en la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 688/2019 de 4 de marzo de 2019 (RJ 2020/851), que evaluó el delito de falsificación de estados financieros, entre otros, y el Alto Tribunal entendió que el auditor en tanto cooperador necesario había comentido la conducta antijurídica en la violación del delito. Nuestro Tribunal Supremo entendió que *“el informe de auditoría, como lo evidencia la doctrina más autorizada, actúa como un elemento de seguridad de suma importancia en la adecuada valoración de la información que brindan las empresas a través de la publicación de sus estados financieros”*. Agrega que *“su función es servir como elemento de seguridad para terceros ajenos a la misma empresa, independientemente de que las cuentas fueron creadas y presentadas en los términos de la normativa aplicable”*.

### **2.2.3. Responsabilidad de administradores**

En aras a estudiar la responsabilidad de los administradores, primeramente, es necesario estudiar el art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital el cual brinda la posibilidad de accionar bajo el paraguas de la acción de indemnización a los socios y terceros frente a los actos de los administradores que puedan lesionar sus intereses. De este modo, la acción responsabilidad procura solventar el daño causado en la esfera particular del socio o tercero accionante. En el caso supuesto en el que el tercero ejercita la acción, se dispone en los pronunciamientos judiciales nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual. La distinción entre esta institución y la acción social del art 238 de la Ley de Sociedades de Capital se circunscribe en lo siguiente: si bien la acción social se enfoca en subsanar el daño causado por la propia sociedad titular de la acción en su patrimonio, la acción individual se rige por la satisfacción de los deterioros sufridos inmediata y particularmente en beneficio de los socios y terceros.

Como nos encontramos en sede de acción de resarcimiento o de indemnización con naturaleza de acción de responsabilidad extracontractual, convenimos establecer los compendios que custodian a esta clase de responsabilidad: la culpa del demandado, daño en el demandante y la relación causal.

Debemos acudir a la jurisprudencia como es el caso de la Sentencia de Tribunal Supremo de 18 de abril de 2016 que acopia las exigencias precisas para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad. Con todo, se requiere: *"(i) la conducta activa o pasiva del administrador; (ii) la actuación consigue atribuirse al propio consejo de administración; (iii) la conducta del administrador es ilegal porque viola leyes, reglamentos o no se ajusta a los empresarios con un modo de diligencia requerido; (iv) la conducta antijurídica pueda causar daño; (v) el daño producido es originado llanamente al tercero sin perjuicio para los intereses de la mercantil. (V) el nexo causal entre el acto ilícito del administrador y el daño directo causado a un tercero"*.

En consecuencia, en el supuesto del Consejo de Administración de habanera S.A.U., se consuman todas las exigencias necesarias para ejercitar dicha acción. Los citados administradores maquillaron elementos contables de la mercantil, lo que presume una infracción de la ley que induce un perjuicio patrimonial directo a Sigaar. A mayor abundamiento, responderá de forma solidaria todos los miembros del órgano de administración de la sociedad, dado que sus miembros devenían responsables como resultado de su deber de diligencia correspondida para con la mercantil, sin perjuicio de los que ex art. 237 de la Ley de Sociedades de Capital acrediten no haber formado parte de la adopción y ejecución o no tenían conocimiento de ello y si lo tenían, pusieron empeño en evitar el daño ocasionado.

De igual modo, la responsabilidad de los administradores de la sociedad habanera S.A.U., proviene además de las manifestaciones y garantías que establecieron en el acuerdo de intenciones. Las manifestaciones y garantías procuraban atestiguar la franqueza de la información contable, de tal modo que los activos que se han proporcionado al comprador con sus riesgos pudieran compartirse entre todas las partes involucradas en la actividad. Con todo, el escenario acerca de la contabilidad de

habanera S.A.U. quedara manipulada y no deviniera cierta cristaliza a los responsables a los administradores de la falta de cumplimiento de las manifestaciones y garantías.

En suma, es posible que la parte adversa accione por esta vía a fin de conseguir que los administradores de la sociedad devengan responsables por su falta de diligencia.

#### **2.2.4. Aspectos societarios intragrupo**

Si bien los aspectos societarios intragrupo son numerosos, en este caso concreto nos concierne aclarar aquellos que están relacionados con los aspectos penales.

En primer lugar, debemos sacar a colación el delito estipulado en el artículo 291 del Código Penal, sobre la imposición de acuerdos abusivos. La circunstancia que sirve de base para tipificar este delito es la adopción de un acuerdo societario. Esta primera condición se cumple, pues tenemos el acuerdo adoptado el 27 de abril de 2020, en Junta General Extraordinaria de Accionistas, por la que se aprobó la ampliación de capital de Newco para compensar el préstamo Sigaar.

El artículo 291 del Código Penal consagra una conducta típicamente antijurídica y culpable como es la de en sede de mayoría en la Junta de accionistas u órgano de administración, se impongan acuerdos abusivos en menoscabo de los demás socios sin que se acrediten beneficios para la sociedad.

Por ende, a gorso modo se estipula que en este tipo de delitos societarios: (i) el sujeto activo del delito deben ser los socios mayoritarios; (ii) es necesario que se haya impuesto el acuerdo; (iii) que la adopción del acuerdo se haya adoptado con intención o en beneficio propio o de terceros, y que (iv) la adopción del contrato no contribuya en beneficio alguno a la sociedad.

Debemos acudir a la jurisprudencia para dar respuesta a la viabilidad que resulta invocar este precepto y por ende accionar en el ejercicio de la defensa de Greed Group como socio minoritario. El Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 256/2002, de 17 de abril de 2002, atribuyó legitimidad activa, por su condición de sujeto pasivo del delito, a la

*“minoría de socios y a la propia sociedad”*. En consecuencia, el Sr. Gekko, en nombre de Greed Group, disfruta del derecho a proseguir esta acción penal que tare como consecuencia la dilución del minoritario tras la ampliación de capital, quedando su participación en Newco en un 5%.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 271/2010 del 4 de marzo de 2010 calificó este delito como delito especial, pues se estableció que solo los administradores y socios de la empresa pueden realizarlo. En este caso, también se entiende cumplido este extremo, ya que es desde Newco que se concede la ampliación de capital compensando el crédito de Sigaar.

Por consiguiente, el objeto material de la infracción no demanda que el acuerdo se obtenga de forma ilegal, basta con que sea calificado de abusivo. La jurisprudencia como la SJPI núm. 2 de Murcia, en su Sentencia de 26 de junio de 2002, (ROJ: 2002/774), ha estimado la abusividad cuando: (i) el convenio se impone en beneficio propio o ajeno; (ii) cuando la junta general prevalezca en situación de mayoría; (iii) cuando el acuerdo pueda perjudicar la participación accionaria de los demás accionistas; y cuando (iv) en ningún caso este acuerdo genere ventajas para la sociedad.

Este delito, clasificado como de peligro concreto, no requiere la existencia de un daño real, solo la adopción de un acuerdo para su implementación. Este requisito asimismo se consuma en nuestro caso, dado que se adoptó el acuerdo de 27 de abril de 2020 de la Junta General Extraordinaria de Newco.

Por otro lado, debe evauarse la posibilidad de la consumación del delito de administración desleal. El precepto 252.1 del Código Penal establece que *“serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”*.

Desde este punto de vista, hay síntomas de que esta acción penal tenga visos de prosperar. Primeramente, se podría argumentar la naturaleza innecesaria e injustificada del costo de la operación. En este caso se trata de la primera concesión de un préstamo de Sigaar a Newco, para la ulterior conversión del préstamo y la necesaria ampliación de capital de Newco. Intentaron dar la apariencia de una actividad legal (conversión del crédito en una ampliación de capital), que sirvió para atender una ampliación de capital de Newco, cuando en realidad lo que buscaban los ejecutivos de Sigaar era aumentar el capital de esta empresa y disolver las acciones de Greed Group en ella.

Así pues, concurre una cierta vinculación entre la prestamista y los administradores de Newco, que confirma el imperioso carácter fraudulento de la operación. Esto no son meras suposiciones o potenciales indicios que no hallan su anclaje en el entorno. El 27 de abril de 2020 se llevo a cabo esta adopción, y se produjo un más que indiscutible deterioro a Newco. La convocatoria de esta Junta compone el tipo delictivo que se manifiesta en el artículo 252 del Código Penal. En consecuencia, no existen incertidumbres de la presencia y determinación de un menoscabo. De este modo, estando en sede de una artimaña del todo prolija, los intereses del crédito no forman un gasto ordinario, pues son, sin lugar a dudas, un deterioro para la sociedad.

En última instancia, es significativo indicar que, si bien en el delito de apropiación indebida se exige ánimo de lucro o intención de obtener un beneficio para sí, en el delito de administración desleal no se requiere requisito alguno al respecto.

#### **2.2.5. Potencial infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko**

Partiendo de la desconfianza que Sigaar posee frente al presidente de Greed Group en lo referido al inicio de un ejercicio profesional análogo o equivalente y, por ende, resulta que está desviando clientela, debemos acudir al artículo 4.1. de la Ley de Defensa de la Competencia, que con carácter de cláusula general de los actos de competencia desleal entiende como tal *“todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*.

Este artículo ha sido concedido como de contenido independiente y debidamente concretado, para coartar aquellas conductas que transgreden la buena fe objetiva que debe presidir en un régimen de libre mercado. La Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2007 (RJ 2007/622) ha alertado que *“se trata de lograr que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado”*.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 333/2012, de 18 de junio de 2012 (JUR 2012/698961), indica que una de las expresiones incardinables en esta cláusula general prohibitiva son los nombrados actos de expolio o aprovechamiento injusto del esfuerzo ajeno, casos en los que se utiliza tributos o resultados logrados por un tercero sin su aquiescencia que no se hallan salvaguardados por un derecho de exclusiva. E internamente suelen observarse los actos susceptibles de captación de clientela ajena. Este comportamiento, no es ilícito en sí mismo. Será digna de infracción en los supuestos donde la captación de clientela se efectúe con la utilización de la infraestructura humana y material de la mercantil para la que el sujeto agente proporciona sus servicios laborales, consiguiendo la persuasión de la clientela hacia otra sociedad competidora, con abuso de confianza y conveniencia de la infraestructura material, relaciones y conocimientos que le suministra la sociedad en la que aún proporciona sus servicios.

Empero, si la captación de clientela se desenvuelve cuando se ha causado la disolución de su relación con la sociedad para que la que llegaba a ejercer sus servicios, como es el caso del Sr. Gekko, los escenarios son distintos, pues nos topamos ante un competidor emancipado que desafía con el resto por la clientela del sector. En consecuencia no se subsume los hechos acontecidos de la mano del Sr. Gekko en este supuesto de hecho, sino en el mencionado anteriormente, esto es, el establecido en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

En definitiva, Sigaar posee el derecho de ejercitar una acción declarativa de deslealtad, y conseguirá hacerlo, de manera concurrencial, con la acción de indemnización de los daños y perjuicios producidos por la actuación del Sr. Gekko.

#### **2.2.6. Valor del acuerdo de manifestaciones y garantías de los contratos**

En esta cláusula se acumulan los presupuestos de la compra, es decir, aquellos compendios y escenarios que esbozan el estado del objeto del contrato tanto en su presencia positiva y negativa, que el comprador ha asumido cuando aseverar su intención de adquirir. El vendedor declara y garantiza ciertos matices de la sociedad objeto de compra; regularmente, se contienen también métodos por las que se aclaran o excluyen algunas contingencias verdaderas en la sociedad. Por ende, el vendedor certifica el conocimiento por parte del comprador de ciertas contingencias, evitando así futuras responsabilidades. En el presente supuesto, bajo el paraguas de esta cláusula el Sr. Gekko pudo haberse blindado a los efectos de evitar responsabilidades cuando se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a juicio del Sr. Fox, por Habanera, para incrementar el EBITDA.

Por tanto, estas cláusulas en virtud de la autonomía de la voluntad ex artículo 1255 del Código Civil, faculta a las partes en aras a realizar una sucesión de manifestaciones acerca del objeto del contrato cuya autenticidad y precisión certifican de forma expresa, de manera que, en el supuesto de falta de cumplimiento de esta manifestación se aplica la secuela a tal infracción ligada.

Es por tanto una incorporación a la relación contractual de las partes que supone depurar, precisar y allanar, en su caso, la aplicación de la garantía que ha de ofrecer el vendedor por vicios ocultos en la sociedad. Dado que la sociedad disfruta de un escenario cambiante a lo largo del desarrollo de su actividad empresarial demanda compendiar el determinado estado de la cosa vendida al punto de producirse la celebración del contrato, con la intención no tanto de unir una responsabilidad a la que

el vendedor deba responder, pues la responsabilidad por vicios ocultos vive como una de los deberes primordiales del vendedor, sino a sintetizar su contenido y circunstancias.

En ella se declara el estado de la cosa vendida, se garantiza explícitamente dicha situación, y se instituyen las secuelas atadas a la falta de cumplimiento de tales garantías.

La introducción de las cláusulas que estamos tratando pende de la autonomía de la voluntad de las partes, en consecuencia está emparentada al poder negociador de sus intervinientes. El Sr. Fox, querrá aplicar el mayor número de manifestaciones y garantías sean posibles al Sr. Gekko, y viceversa, pero la determinación de las mismas estribará del precio de la operación, de la configuración de una *due diligence* anterior, entre otros extremos.

Es significativo subrayar, como he adelantado, la correlación directa e inversa que concurre en el perímetro de la negociación contractual: si el comprador ha podido ejecutar una *due diligence completa o full*, queda en un lugar más frágil para requerir unas manifestaciones y garantías agudas, puesto que ha alcanzado a conocer en primera instancia el estado de la cosa vendida, y viceversa.

### **2.2.7. Valor probatorio de los correos electrónicos**

El apartado primero del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina una serie sellada de medios de prueba: interrogatorio de las partes, documental, informe pericial, reconocimiento judicial y, por último, testifical. En consecuencia, nos encontramos ante un artículo de carácter limitado, esto es, sin carácter de *numerus apertus*.

Pues bien, sin embargo los medios de prueba procedentes de las nuevas tecnologías brotan en su regulación del apartado segundo del mismo artículo, con un tratamiento independiente que se aportan en el procedimiento, como norma general, en soportes

equiparados a la prueba documental. De este modo, los correos electrónicos, en el ámbito civil, se circunscriben al contexto del documento privado.

El asunto controvertido habita en el valor probatorio de los correos electrónicos en el supuesto de que la parte adversa los impugne. Como no se encuentran con firma electrónica, se alcanzan a originar inconvenientes en relación a su autenticidad.

Empero, no derrochan su valor probatorio. De este modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de julio de 2016 bajo el paraguas del precepto 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra que los emails impugnados en el trámite de la audiencia previa no les despoja de su valor probatorio pues el precepto mencionado reza que en el supuesto de que la parte impugne por autenticidad un documento privado puede solicitar el cotejo pericial o de otro modo requerir otros medios de prueba pertinentes y útiles siendo valorado por el juzgador en virtud de las reglas de la sana crítica en caso de no poder concluirse su autenticidad.

En consecuencia, cobraría importancia evaluar el contenido de los correos electrónicos en aras a aportar en el procedimiento judicial y, de este modo, satisfacer los intereses del representado.

**3. ESCRITO DE DEMANDA INICIAL DE ACUERDO CON LA DECISIÓN ESTRATÉGICA ELEGIDA: DEMANDA EN EJERCICIO ACUMULADO DE LAS ACCIONES DE ANULACIÓN Y NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE**

**AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA QUE POR TURNO CORRESPONDA**

Dña. **Carlota Guibert Lacasa**, Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre de **GREED GROUP S.A.** (en adelante, "Greed Group") según acredito con la copia de escritura de poder que se acompaña como Documento número uno, y actuando bajo la dirección letrada del Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, D. Alejandro Urrizburu Santos, colegiado nº 87.901 del ICAM, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

I.- Que por medio del presente escrito y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 399 de la LEC, interpongo **demanda en ejercicio acumulado de las acciones de anulación y nulidad de los acuerdos sociales** adoptados en fecha 27 de abril de 2020 en la Junta General Extraordinaria de la sociedad mercantil NEWCO frente a la meritada sociedad.

II.- En cuanto al emplazamiento de la demandada, éste podrá realizarse en el domicilio social sito en la Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona.

III.- Por **OTROSI DIGO PRIMERO** se interesa la **SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES "INAUDITA PARTE"** en virtud del artículo 721 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Sirven de base a la presente demanda, los siguientes

**HECHOS**

**PRELIMINAR. – Objeto de la presente demanda.**

Para centrar desde ya el debate, debemos señalar que la presente demanda pretende la nulidad y/o anulabilidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General Extraordinaria de la entidad mercantil NEWCO de fecha 27 de abril de 2020 en la que se

acordó la ampliación de capital con el fin único y evidente de diluir a mi representada. La mala fe y el uso abusivo del derecho es absolutamente evidente.

Como tendremos ocasión de acreditar, la estrategia para ampliar capital y diluir a mi mandante a través de la ampliación de capital de fecha 27 de abril de 2020 implica la existencia de unos acuerdos nulos o, al menos, anulables.

No obstante lo anterior, y para conocer debidamente los antecedentes, esta parte expondrá el histórico que ha desembocado en los acuerdos que aquí se impugnan, y que son justificativos de la nulidad que se plantea.

### **PREVIO.- Identificación de las partes.**

#### **I.- De la parte demandante, GREED GROUP S.A.:**

GREED GROUP S.A. o Greed Group es una sociedad mercantil de nacionalidad española, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, y domicilio en Calle del Muro, núm. 14 de Madrid.

#### **II.- De la parte demandada, NEWCO, S.A.:**

La mercantil NEWCO es una sociedad de nacionalidad española, inscrita en el registro Mercantil de Barcelona y domicilio en Barcelona, Avenida de la Diagonal núm. 12, cuyo capital social está conformado, a su vez, por las siguientes personas jurídicas:

A) SIGAAR, BV, sociedad holandesa inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam, titular del al 75% del capital social.

B) GREED GROUP, S.A., titular del 25% del capital social.

Los anteriores extremos quedan acreditados mediante la correspondiente nota simple del Registro Mercantil que acompañamos como Documento número dos.

### **PRIMERO.- De la constitución de NEWCO:**

A fin de obtener Greed Group liquidez y en su exhaustiva búsqueda de inversores que se incorporasen al accionariado de sus filiales, en concreto de su filial Habanera, consigue que Greed Group y Sigaar constituyan Newco aportando, entre las dos, el 100% del

capital de Habanera, de tal forma que la propiedad del capital social de Newco perteneciese a Sigaar en un 75% y a Greed Group en un 25%.

**SEGUNDO.- De la convocatoria de la Junta para la ampliación de capital con el voto en contra de mi representado.**

En este punto, y dentro de la estrategia de perjuicio a mi representado, por parte del Consejo de Administración se convocó una junta general para el pasado 27 de abril de 2020 donde el orden del día consistía fundamentalmente en la ampliación de capital. La finalidad era clara y evidente, no sólo diluir a mi representado sino además hacer inviable sus expectativas económicas.

Fruto de la celebración de la Junta General extraordinaria celebrada en fecha 27 de abril de 2020, se acordó aumentar del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar. En el acta de la junta se expresó que mi representado, siendo accionista minoritario de Newco, había votado en contra del aumento de capital acordado por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar ya que como consecuencia de la ampliación de capital, Sigaar controla ahora el 95% del capital.

Se acompaña como Documento número tres la convocatoria de la Junta y como Documento número cuatro el burofax remitido por mi representado advirtiendo de la necesaria suspensión de la junta o, en su caso, de que se remitiera la debida justificación.

A los anteriores hechos le resultan de aplicación los siguientes,

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**A) PROCESALES**

**I.- Capacidad y representación.**

Las partes están capacitadas para entablar la presente relación jurídico-procesal conforme a lo establecido en los artículos 6 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

La representación de la parte actora y la postulación de la presente demanda es procedente conforme a los artículos 23 y siguientes de la LEC.

## **II.- Jurisdicción y competencia.**

En el ámbito jurisdiccional, es competente el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 86 ter. de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma Concursal. Dicho precepto establece:

*“2. Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:*

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

De igual modo, establece la LOPJ, en su disposición adicional octava la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las demandas de impugnación de acuerdos sociales:

***“La competencia para tramitar y decidir en primera instancia los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales** establecidos en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, así como los que versen sobre la nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la Propiedad Industrial a las que se refiere la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, **quedará en todo caso atribuida a los jueces de lo mercantil que resulten competentes.**”*

Por lo que respecta a la competencia territorial resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 52.1, apartado 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone:

*“En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social.”*

Habida cuenta de que en el presente caso la sociedad demandada tiene su domicilio social en el ámbito provincial de Barcelona el Juzgado de lo Mercantil de dicha provincia es el único competente territorialmente para enjuiciar la presente causa.

### **III.- Procedimiento.**

A tenor del artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en materia de impugnación de acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario. Asimismo, en virtud de lo previsto en el artículo 249.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se decidirá el presente litigio en el juicio ordinario por tratarse de una demanda en materia de impugnación de acuerdos sociales.

### **IV.- Legitimación.**

La legitimación activa para la impugnación de un acuerdo nulo corresponde a Greed Group mi representada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 en sus apartados 1 y 2 de la LSC.

En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 206 de la LSC, en su apartado 3, establece que las acciones de impugnación deben dirigirse contra la sociedad. Es por ello que la legitimación pasiva de la acción de impugnación ejercitada corresponde sin ningún género de duda a NEWCO S.A.

### **V.- Cuantía.**

Al tratarse de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, el presente procedimiento debe considerarse de cuantía indeterminada.

## **B) MATERIALES**

### **I.- Acciones que se ejercitan: Anulabilidad y nulidad**

En el presente caso, se ejercitan las acciones de nulidad y anulabilidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 204 apartados 1 y 2 de la LSC en relación con los artículos 196 y

295 de la LSC en relación con lo dispuesto en los artículos relativos al ejercicio de los derechos respecto a los principios de buena fe.

El artículo 204 LSC preceptúa:

*“1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o **lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.***

***La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”***

Por lo demás, el artículo 205 de la LSC prevé las reglas de caducidad de la acción, de forma que:

*“1. La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.*

*2. El plazo de caducidad se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. Si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción.”*

En el presente caso, se ejercitan conjuntamente, las acciones de impugnación de acuerdos sociales por nulidad y, subsidiariamente, anulabilidad, al ser contrarios a la Ley, citando como preceptos infringidos para considerar los acuerdos adoptados nulos ex artículos 204 de la LSC así como el principio contenido en el artículo 7 del Código Civil.

A tal efecto, **Sentencia núm. 125/2016 de 13 mayo Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón (Provincia de Asturias):**

“A propósito del **abuso de derecho en los acuerdos sociales la postura del TS se refleja entre otras en la sentencia de 7 de diciembre de 2.011** (RJ 2012, 3521) cuando califica algunos acuerdos adoptados en el seno de la sociedad como abusivos, " en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, **los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos-** tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- **deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría,** de tal forma que, aunque el art. 115.1 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) aplicable para la decisión del recurso por razones temporales hoy 204.º LSC-silencia el " abuso de derecho y el abuso de poder, **ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos,** ya que, a tenor del art. 7 del código civil (LEG 1889, 27) , **son contrarios a la ley.**”

**Sentencia núm. 90/2017 de 16 marzo. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa):**

“Siendo la Junta el órgano soberano de la sociedad, sin embargo, **la legislación pone límites a la voluntad de la mayoría del capital derivados de ciertos principios y normas esenciales para la salvaguarda de los intereses de la propia sociedad, de los socios y de terceros.** Es por ello que legalmente se establece unos cauces para controlar la validez de los acuerdos adoptados, cualquiera que sea la mayoría del capital social que los respalde. Y así, **serán impugnables, según el art. 204.1 TRLSC** (RCL 2010, 1792) , "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.", especificando el párrafo segundo del precepto que **"La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría.** Se entiende

*que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, **se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.***"

## **II.- La lesión del interés social ex artículo 204.2 de la LSC.**

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo de toda la demanda, resulta evidente que la adopción del acuerdo de ampliación de capital implica una clara lesión del interés social, al no existir una justificación a la ampliación de capital, pues como decimos, los acuerdos que aquí se impugnan son el reflejo de la voluntad de perjudicar a mi mandante.

A este respecto, la jurisprudencia en casos similares al que nos ocupa ha señalado que los acuerdos de ampliación de capital adoptados para perjudicar a un tercero son contrarios al ordenamiento jurídico. Así, cabe citar **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) número 694/2019 de 26 de abril**, pues reputaba el acuerdo adoptado en ese supuesto como abusivo por el hecho de que la ampliación de capital acordada no respondía a una necesidad razonable, en la medida en que la apariencia de iliquidez habría sido creada, no correspondiéndose por tanto con la realidad. Se considera en este caso que se está lesionando el interés social, al haberse adoptado el acuerdo en detrimento del demandante.

En correspondencia con este caso, cabe estimar que estamos ante un supuesto similar en el que debe colegirse un resultado idéntico: el acuerdo adoptado en la Junta de NEWCO celebrada el pasado 27 de abril de 2020 debe es abusivo, en la medida en que tal y como se ha expuesto, el aumento de capital acordado no respondería a una necesidad real sino a una situación ficticia creada a raíz de los artificios que se están llevando a cabo para generar un mayor control por parte de SEEGAR. Con este acuerdo, adoptado por la mayoría del capital social (75%) frente a Greed Group (25%), se estaría lesionando el interés social a tenor del artículo 204 LSC, dado que se ha adoptado de manera abusiva por la mayoría.

Asimismo, para el caso de que pudiera argumentarse que esa supuesta lesión todavía no se habría llevado a cabo dado que no se habría materializado, la referida resolución de la AP de Vizcaya también aclara que no es necesario que se trate de un daño actual:

*“Por lo que se refiere a la lesión del interés social, se destaca como **no es necesario que se cause un daño actual**, siendo suficiente con que sea previsible con certeza un daño o lesión futuro. Ello quiere decir que no basta con que subjetivamente se sospeche que se va a causar el daño, pues es necesario que se aporten pruebas objetivas suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, en un proceso lógico normal y con racionalidad media, que se ocasionara el resultado negativo advertido y denunciado, con la mayor carga de probabilidad, toda vez que la suposición se proyecta hacia hechos futuros, que precisan del necesario apoyo en actuales y concurrentes (Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7769) , 12 de abril de 2007 (RJ 2007, 2410) y 17 de enero de 2012 (RJ 2012, 4981) ).”*

De igual manera, quedan más que acreditados los requisitos necesarios para la impugnación de tal acuerdo en virtud de todo lo expuesto, dado que se produce como ya se ha dicho la lesión del interés social con el consiguiente beneficio de uno o varios socios o de terceros y que existe una evidente relación de causalidad.

El propio Tribunal Supremo ha incidido en las referidas cuestiones en reiteradas ocasiones. Entre otras, la **Sentencia del Tribunal Supremo número 1086/2002 de 18 de noviembre**, cuando indicaba:

*“Ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios y con proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios y sin necesidad de que el daño o lesión efectivamente se produzcan, para poder deducir la pretensión impugnatoria, como dice la sentencia de 19 de febrero de 1991 ( RJ 1991, 1512) y las que cita, pues basta y es suficiente que exista peligro potencial del daño, sin tener que esperar el demandante a que la lesión ocurra para poder ejercitar la acción ( Sentencias de 11-5-1968 [ RJ 1968, 4532] y 11-11-1980 [ RJ 1980, 4132] ).*

*El requisito del beneficio a favor de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino **que también puede consistir en cualquier otra ventaja de carácter político-social o profesional, resultando decisivo que el beneficiario sea un socio de la compañía y concurra relación de causabilidad entre la lesión del interés social producido por el acuerdo y el beneficio experimentado por el socio** ( Sentencias de 23-6-1962 [ RJ 1962, 3021], 4-3-1967 [ RJ 1967, 1349], 11-5-1968 [ RJ 1968, 4538] y 23-11-1970 [ RJ 1970, 4885] ); en este caso claramente representado por los pagos satisfechos por la recurrente a las dos sociedades que participan en su capital social”.*

En línea con lo anterior y si cohonestamos el contenido de las referidas resoluciones con el caso que nos ocupa llegamos a la conclusión de que:

- La única finalidad del acuerdo de ampliación de capital adoptado pretende no sólo diluir a mi mandante sino perjudicar los intereses de la mercantil.

Es evidente que el acuerdo pretende lesionar el interés social por la vía de la infracción del artículo 204.1 in fine de la LSC.

En méritos de lo anteriormente expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO:** Que teniendo por presentada esta demanda con sus documentos y copias de todo ello, se sirva admitirla y, en su virtud, tenga por interpuesta demanda de impugnación de acuerdos sociales contra la mercantil NEWCO, S.A., en ejercicio acumulado de las acciones de nulidad y anulabilidad, y dé traslado de la misma a la demandada para que la conteste en el plazo de veinte días, y, que, tras los trámites legales de pertinencia, dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la presente demanda:

- 1) Se declare la nulidad, por infringir preceptos legales imperativos, de los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de la entidad demandada celebrada el pasado 27 de abril de 2020, por contravenir lo dispuesto en el artículo 204 de la LSC, declarándose igualmente la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos realizados en ejecución de dichos acuerdos o

que traigan causa de los mismos, directa o indirectamente, con cuantos más pronunciamientos legales procedan conforme a derecho.

2) Se declare la invalidez y se anulen los acuerdos descritos anteriormente y, en consecuencia, se anulen también todos los actos y negocios jurídicos realizados en ejecución de dichos acuerdos o que traigan causa de los mismos, directa o indirectamente, con cuantos más pronunciamientos legales procedan conforme a derecho.

3) Subsidiariamente, para el caso de que no sea declarada la nulidad, se declare la anulabilidad de los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de la entidad demandada celebrada el pasado 27 de abril de 2020, declarándose igualmente la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos realizados en ejecución de dichos acuerdos o que traigan causa de los mismos, directa o indirectamente, con cuantos más pronunciamientos legales procedan conforme a derecho.

4) En todo caso, se acuerde la inscripción en el Registro Mercantil de la Sentencia que recaiga en el presente procedimiento, y su publicación en extracto del BORME, así como la cancelación de inscripción de dichos acuerdos en el Registro Mercantil, si esta se hubiere producido, y de cuantos asientos posteriores al acuerdo impugnado resulten contradictorios con la sentencia que en su día se dicte.

5) Se condene a la mercantil demandada al pago de las costas procesales.

Es Justicia que pido en Barcelona a 11 de enero de 2021.

**OTROSI DIGO PRIMERO**: Que en virtud de lo previsto en el artículo 721 y ss de la LEC, esta representación interesa la **ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES “INAUDITA PARTE”**, consistentes en:

- Dejar en suspenso los acuerdos sociales adoptados en la sociedad NEWCO, S.A. en la Junta del 27 de abril de 2020.

- Dejar en suspenso todos los actos coetáneos y posteriores que sean trasunto directo del acuerdo llevado a cabo.

## **HECHOS**

### **PREVIO. - DE LA INMEDIATA ADOPTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA**

#### **PARTE.**

Con carácter previo, conviene poner de manifiesto que la necesidad en adoptar las presentes medidas cautelares inaudita parte responde al riesgo que supone para mi representado, que se lleva a término la ejecución del aumento de capital se vea diluida su participación, con el perjuicio que esa circunstancia puede suponer de cara a sus intereses legítimos.

Por ello, durante el íterin judicial entre la presentación de la demanda de impugnación de acuerdos sociales y la resolución del procedimiento solicitamos que se adopte como medidas cautelares (i) la suspensión del acuerdo social adoptado por la sociedad NEWCO, S.A. y (ii) la suspensión de todos los actos coetáneos y posteriores que sean trasunto directo del acuerdo llevado a cabo

Centrado el objeto del procedimiento, vamos a abordar los hechos que sirven de base para la solicitud de las presentes medidas cautelares inaudita parte.

#### **PRIMERO. - De la tutela que se pretende con las siguientes medidas cautelares**

Como hemos expuesto en los hechos de la presente solicitud (y con independencia de que explicitaremos cada motivo en los fundamentos de derecho de este escrito), lo cierto y claro es que:

(i) Si no se suspende la ejecución del acuerdo, la tutela jurisdiccional que pueda obtener mi mandante se verá diluida pues puede suponer a la vista de lo acreditado que la estrategia de la Sociedad sea la de eliminar en su totalidad del capital social a mi representada.

(ii) Que en el futuro la participación de mi representado se vea minorada de cara a sus derechos de voto.

(iii) Que, la voluntad de la Sociedad es la de ejecutar el acuerdo de ampliación de capital como así se pone de manifiesto.

## **SEGUNDO. - Reproducción de los hechos expuestos en la demanda**

Por economía procesal esta parte hace alusión expresa a todos y cada uno de los puntos expresados en los HECHOS de la presente demanda.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I. DE CARÁCTER PROCESAL.**

**1.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Dentro de la Jurisdicción ordinaria, corresponde el conocimiento del asunto a los Juzgados de primera instancia al amparo de lo dispuesto por el artículo 85 de la LOPJ, que determina que los Juzgados de Primera instancia del orden civil serán competentes cuando el resto de Juzgados no tengan competencia.

**1.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA.-** Greed Group tiene interés legítimo en la solicitud de medidas cautelares, como parte interesada en la sociedad, al ser socio que ostenta el 25% del capital social.

**1.3. LEGITIMACIÓN PASIVA.-** Está legitimada pasivamente NEWCO, S.A. por ser la entidad cuya actuación ha vulnerado los derechos de mi representada.

**1.4. PROCEDIMIENTO.-** El artículo 721 de la LEC establece que se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la Sentencia condenatoria.

**1.5- ADOPCIÓN SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO.** Conforme al apartado 2 del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto por la urgencia de la medida, como también por el riesgo de que la demandada pueda hacer desaparecer medios de prueba esenciales para acreditar los hechos que serán objeto de la demanda principal.

#### **A) MATERIALES:**

**ÚNICO.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de las medidas cautelares solicitadas**

**a) Tutela cautelar anticipatoria y periculum in mora.**

El primero de los requisitos exigido con carácter unánime por doctrina y jurisprudencia para la concesión de cualquier medida cautelar es el denominado periculum in mora. Este presupuesto fundamental ha sido fijado explícitamente por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 728.1 al establecer que:

*“Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, **podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela** que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.*

Como es sabido, la duración de un proceso puede privar de contenido y sentido a la tutela jurisdiccional solicitada, ya que, durante su tramitación, pueden darse situaciones que dificulten la efectividad de la sentencia que en su día se dicte.

En nuestro caso, se pretenderá a través de los pedimentos de la demanda principal que declare la nulidad de los acuerdos adoptados por **(i) infringir el interés social en perjuicio de uno de los socios imponiéndole una serie de acuerdos abusivos que vulneran sus derechos, diluyendo su participación en la sociedad.**

**Además, las presentes medidas cautelares se solicitan “inaudita parte” y con carácter previo a la demanda de retroacción,** ya que esta parte entiende que se dan sobradamente los requisitos establecidos en los artículos 730.2 y 733.2 de la LEC para proceder de este modo. Efectivamente, entendemos que, a lo largo del relato fáctico de la presente solicitud ha quedado suficientemente acreditada y constatada la urgencia en la adopción de las medidas cautelares, así como la necesidad de que las mismas se adopten sin audiencia a la demandada, para no comprometer el buen fin de las mismas.

El proceso, a fin de cumplir su función, requiere como elemento imprescindible un cierto tiempo para que se lleve a cabo. Pero incluso ese tiempo legal pudiera derivar en la inutilidad para mi representado de las participaciones sociales adquiridas.

Fundamento de las medidas cautelares es conjurar tal peligro, lo cual no siempre se endereza a conseguir que la resolución judicial que culmine el proceso se dicte con

incidencia en la misma o la más aproximada misma situación fáctica que cuando se insta la pretensión, sino que, en ocasiones, **se dirige a asegurar sea dictada con incidencia en una situación neutral, reformadora por imperio judicial de la existente al tiempo de pretender, y que adelante el resultado del proceso, evitando que la resolución resulte inefectiva de hecho**, cuando las situaciones patrimoniales y financieras evolucionan con rapidez. Así se habla de medidas conservativas de la situación de hecho inicial, y de las anticipatorias.

**Las medidas cautelares anticipatorias** también se engranan en el contenido esencial de la garantía constitucional de tutela judicial, que ha de ser efectiva conforme al artículo 24 CE, y que podrá no serlo, aun dispensándose el pronunciamiento judicial más atinado, si se dispensa tarde, tal y como se recoge en diversas Sentencias del Tribunal Constitucional 14 y 238/92, o 218/94.

Como hemos acreditado:

- (i) Si no se adoptaran las medidas cautelares inaudita parte nos encontraríamos ante un grave riesgo y es que se ejecute la ampliación de capital como así se pretende y por ende mi mandante tenga que elegir entre renunciar a su crédito o a su participación.

Es decir, no se trata de conservar el “statu quo ante” sino de suspender cautelarmente el acuerdo social adoptado y suspender todos los actos coetáneos para proteger los intereses de mi representado.

Además, es importante advertir que en el presente caso **debemos hablar igualmente del periculum in mora cualificado y genérico.**

Entre el éxito futurible del que demanda y la agresión del “status” del que se resiste a la demanda, no puede bastar la pura petición para que se determine la adopción de medidas cautelares, sino que debe concurrir lo que la doctrina denomina presupuestos de tales medidas (véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional número 148/93 y el Auto número 125/97). Y en concreto, la batería de preceptos de los artículos 726 a 728 LEC, regula un régimen de presupuestos de las medidas cautelares, cual el siguiente:

- (i) Que la parte solicitante acredite el peligro de mora procesal, es decir, el riesgo de la demora o la infructuosidad de la tutela judicial que en su día pudiera merecerse (“periculum in mora”).
- (ii) Que le asista una apariencia de buen derecho, es decir que, sin prejuzgar el fondo del asunto, sea positivo el juicio indiciario de la existencia del derecho reclamado (“fumus boni iuris”).

Por lo que respecta al periculum, cabe hacer dos matizaciones:

- (i) *“Periculum” cualificado.*

Como excepción (véase el artículo 733.2 LEC), a la regla de acordar las medidas cautelares previa audiencia de su sujeto pasivo, cabe adoptarlas sin contradicción previa, como ocurre en esta oportunidad, siempre que la parte alegue la concurrencia de razones de urgencia o bien que la adopción de las medidas con audiencia previa puede comprometer en buen fin de la medida cautelar.

La motivación para adoptar las medidas “inaudita parte contraria”, se conecta con la del “periculum” procesal cualificado del asunto para una cautela anticipatoria, esto es, que la adopción de inmediato sea necesaria a **fin de que no se consolide un estado de cosas que convierta en ineficaz en la práctica una futura sentencia que declare nula la adopción de los acuerdos sociales impugnados, y ello con el perjuicio de tener que ir deshaciendo todos los actos que en ejecución del mismo se hayan llevado a cabo, y todo ello sin perjuicio de que forma parte del petitum de la demanda principal.** No es el asunto de unas cautelas que sólo puedan adoptarse por sorpresa, sino de que, adoptándose con el procedimiento ordinario contradictorio, con sus citaciones y vista, el conocimiento de la demanda cautelar permitirá al demandado, durante un lapso de tiempo mayor, incidir en la situación que convierte en ineficiente el éxito de su futura demanda, conceptuadas definitivas entonces las medidas provisionales.

- (ii) *“Periculum” genérico.*

En punto al “periculum” genérico, resulta clásica la distinción entre el “peligro de infructuosidad”, como riesgo de que durante el tiempo necesario para el desarrollo del

proceso principal acontezcan hechos que hagan imposible o extremadamente difícil la efectividad práctica de la sentencia, al que se atiende mediante medidas conservativas, y el “peligro de demora”, entendido como el riesgo de que la mera duración del proceso pueda ser causa de un perjuicio por prolongar durante su duración el estado de insatisfacción del derecho, el cual se conjura mediante medidas anticipatorias.

El peligro de demora consiste en que la ejecución del acuerdo de ampliación perjudique de forma clara los intereses de mi mandante, bien porque tenga que renunciar a su demanda para no perder su porcentaje actual, bien porque si decidiera mantener su reclamación perdería su porcentaje del 30%. Básicamente, un callejón sin salida.

#### **b) Situación jurídica cautelable y apariencia de buen derecho.**

1. Este segundo requisito necesario para la obtención de toda tutela cautelar es la “apariencia de buen derecho” o “fumus bonis iuris”, el cual se encuentra explícitamente previsto en el artículo 728.2 de la LEC en los términos siguientes:

*“El solicitante de medidas cautelares también **habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.** En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios”*

2. Como puede observarse, la tutela cautelar no descansa en la plena convicción o certeza acerca de los referidos extremos, sino en la probabilidad de que la resolución final acoja la pretensión principal del actor.
3. No puede por tanto exigirse una prueba completa y detallada de los hechos que motivarían y justificarían la acción de retroacción, sino sólo la manifestación de indicios sobre su realización o inminencia. Tal como claramente establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de abril de 1994:

*“No es preciso una prueba rigurosa del derecho cuya efectividad se pretende asegurar (...), lo que es materia reservada al proceso principal, sino que, al igual que en las demás medidas cautelares, **basta una prueba 'prima facie', es decir, la justificación de que se está en presencia de una apariencia de buen derecho**”*

**de un fumus bonis iuris que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento del actor”**

4. En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de julio de 1996 establece que:

*“Sí existía una situación jurídica cautelable que apreció atinadamente el Juzgador de la primera instancia, teniendo presente que aquella **no reposa en la absoluta certeza o convicción del acto (...) sino en la probabilidad de su realización (...)** **no se exige una prueba plena sino tan sólo indiciaria** del fumus bonis iuris”*

5. A la vista de cuál es la configuración legal y jurisprudencial de este segundo requisito resulta evidente que el mismo se cumple sobradamente en nuestro caso, ya que a lo largo del relato fáctico de la presente demanda ha quedado acreditado que **MI MANDANTE ES SOCIO DEL 30%**

**c) De la aquilatación de las medidas.**

6. Si la tutela cautelar responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, la concreta medida solicitada debe ser alguna de las previstas en el artículo 727 LEC o cualquier otra actuación directa o indirecta sobre bienes o persona del demandado, siempre que resulte idónea y congruente con la pretensión cuya efectividad se desea asegurar, y reúna un elenco de rasgos caracterizadores, que comprende:

**1.- Instrumentalidad:** Las medidas cautelares nunca son fin en sí mismo, sino que están preordenadas a una resolución definitiva que tratan de asegurar en la práctica. Se trata de un vínculo entre tutela cautelar y tutela definitiva, ya sea declarativa o ejecutiva, que en este asunto asume una función innovadora de la situación preexistente al inicio del proceso principal.

**2.- Provisionalidad y temporalidad:** Consecuencia de que no hay medida cautelar sino en relación con un proceso principal, aquélla sigue la suerte de éste, de forma tal que, si es previa, como aquí, de no deducirse el proceso principal en plazo legal, se extinguirá la medida. Pero, además, ésta no es definitiva, ni tiene nunca una vocación de serlo, y así, cuando el proceso principal llega a un estado que hace inútil la medida cautelar a su

fin de aseguramiento de una sentencia realmente fructífera, queda la medida despojada de motivación y debe alzarse.

**3.- Variabilidad.** Las medidas cautelares son susceptibles de modificación e incluso alzamiento, cuando se altera la situación de hecho que dio lugar a su adopción, en sentido positivo (primera adopción o incremento de su valor conservativo o innovativo), como negativo (disminución de dicho valor o supresión).

**4.- Proporcionalidad.** Las medidas deben ser proporcionales a la finalidad perseguida y a las circunstancias concurrentes, relacionando ambos parámetros bajo criterio de adecuación, potenciándose siempre la menor onerosidad de la intromisión en la esfera personal y patrimonial del demandado.

7. La medida reclamada es doble, a saber:

- Suspender los efectos de los acuerdos sociales adoptados en la Junta del 27 de abril de 2020.
- Dejar en suspenso todos los actos coetáneos y posteriores que sean trasunto directo del acuerdo llevado a cabo.

8. Encaja en las órdenes judiciales de artículo 727.7ª LEC, que ha introducido la respuesta a la necesidad de uniformar las medidas cautelares, hasta ahora en leyes especiales, con generalización de las que conservan la situación jurídica sobre la que debe proyectarse la tutela cautelar, e incluso la anticipan.

**d) Caución.**

9. En el presente caso, se ofrece caución.

**SUPlico AL JUZGADO:** que teniendo por presentada esta solicitud de medidas cautelares “inaudita parte”, junto con sus documentos y copias, se sirva admitirla; y en virtud de sus méritos, sin trámite de audiencia a la demandada, se dicte Resolución por la que se acuerde:

- Suspender cautelarmente los acuerdos adoptados en la Junta de 27 de abril de 2020.

- Dejar en suspenso todos los actos coetáneos y posteriores que sean trasunto directo del acuerdo llevado a cabo.

- Que se libre atento oficio al registro mercantil a fin de que proceda a la anotación en la hoja registral tanto de la demanda como de la medida cautelar acordada de cara a terceros de buena fe y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 727 de la LEC apartados 5ª, 6ª y 10ª.

**OTROSÍ DIGO SEGUNDO:** Que, en virtud de lo previsto en el artículo 733.2 de la LEC, esta representación interesa que, habiendo quedado debidamente acreditadas las razones de urgencia de la adopción de las medidas cautelares solicitadas, se proceda a resolver sobre las mismas con anterioridad a dar traslado de la presente demanda a la demandada.

**SUPLICO NUEVAMENTE AL JUZGADO:** que tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

**OTROSÍ DIGO TERCERO:** Que a los efectos legales procedentes y para acreditar los extremos a que se contrae la presente petición de medida cautelar se interesa el recibimiento a prueba y se proponen como medios de prueba la documental y la testifical del administrador único de SIGAAR.

**SUPLICAMOS AL JUZGADO:** que teniendo por presentados dichos documentos y los admita a los efectos probatorios oportunos, en el proceso cautelar instado, a los efectos de artículo. 732.2 párrafo 1º LEC.

Es Justicia que pedimos en Barcelona a 11 de enero de 2021.

D. Alejandro Urrizburu Santos  
**Letrado**

Dña. Carlota Guibert Lacasa  
**Procuradora**

#### **4. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN. ALTERNATIVAS DE LA PARTE ADVERSA**

En primer lugar, a fin de contemplar las distintas acciones que la adversa puede plantear a la hora de reconvenir o accionar contra nuestros representados, debemos atender a la apreciable falta de cumplimiento por parte de Greed Group cuando celebra el contrato de compraventa de participaciones de Habanera S.A.U.

En el contrato de compraventa una parte ostenta la obligación de entrar a la otra una cosa acordada mientras que la otra parte se obliga a poner a disposición un precio verdadero por ello. Es en el Código Civil y en el Código de Comercio donde se contempla esta institución, concretamente en el precepto 1.445 y 325, respectivamente. Este último artículo consagra que tendrá la consideración de mercantil la compraventa de cosas muebles para volver a venderlas, tanto si conservan su estado original cuando se compraron como si no, todo ello con ánimo de lucro en la reventa.

En consecuencia, el inicial punto de considerable análisis radica en si el contrato de compraventa de acciones celebrado por Siggarr y Greed Group tiene consideración civil o mercantil. De esta diferencia se desglosa un procedimiento diferente con relación a la prescripción de las acciones procedentes de su falta de cumplimiento, a los intereses de demora y a la legislación que aplica en la demanda ejercitada para declarar los derechos de la cosa vendida.

Para su naturaleza mercantil, el extremo clave se circunscribe en apreciar ánimo de lucro y existencia de reventa de los bienes determinados en el precepto 325 del Código de Comercio. Con todo, de su literalidad se exterioriza que, para que el contrato de compraventa sea considerado mercantil, incumbe concurrir una y otra exigencia. En cambio, para lograr fijar la consideración civil o mercantil de la compraventa de acciones entre sociedades, es necesario efectuar una evaluación de los pronunciamientos judiciales de mayor relevancia.

Por un lado, una línea jurisprudencial, entre ellas la Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de enero de 2011, consagra que el elemento primordial que determina la

compraventa mercantil en detrimento de la civil es *“el componente intencional del comprador ostenta una doble exigencia: reventa de los bienes adquiridos y fines de lucro, incluido el beneficio de la reventa.”*. En consecuencia, la consideración civil aparece fijada cuando no compraron los bienes para revenderlos.

Por otro lado, existen pronunciamientos como la Sentencia de Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2014 que consideran *“la adquisición por un empresario con la voluntad de reservar la cosa comprada para su explotación, o integración industrial o comercial, debe apreciarse mercantil. Siendo en este caso el componente que tipifica la naturaleza mercantil, no la intención de la reventa con ánimo de lucro, sino la unificación del objeto de la compraventa en el proceso productivo de la sociedad (la llamada compraventa-inversión)”*. En consecuencia, se va a determinar la consideración mercantil de la compraventa cuando *“el comprador sea un empresario (requisito subjetivo) y la voluntad (requisito volitivo) sea reservar el objeto adquirido a su explotación o integración industrial o comercial”*.

Ulteriormente, se consagra la primera línea jurisprudencial con la Sentencia de Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2015 que afirma el requisito para la consideración mercantil del contrato de compraventa, la concurrencia de ambos elementos volitivos del adquirente: propósito de reventa y ánimo de lucro. Por tanto, teniendo en consideración que el objeto social de la sociedad Sigaar no es de modo alguno la reventa de acciones a fin de lucrarse con los excedentes creados, se debe concluir que la compraventa ostenta naturaleza civil con total independencia de las partes que formen parte o estén implicadas en el contrato de compraventa.

Era necesario dedicar unas líneas a fijar la naturaleza de la compraventa que, como vemos, es civil, es momento de examinar las potenciales acciones que pueden ejercitar de adverso como resultado de los desperfectos o vicios ocultos del bien puesto a disposición del adquirente, como es en el presente supuesto, las participaciones de Habanera S.A.U.

Podemos vaticinar que en el presente supuesto la parte contraria puede apreciar vicio oculto en el comportamiento (veamos si doloso) de Greed Group y de su consejo de administración en el momento de retocar, desde el punto de vista de Sigaar, varias

anomalías en la contabilidad de habanera S.A.U., en tanto en cuanto el EBITDA sobre el que se computó el valor de las participaciones se vio exagerado. En definitiva, de este modo Sigaar no tendría voluntad de pagar el precio que abonó de conocer este extremo imputable a Greed Group.

El precepto 1484 del Código Civil reza que el vendedor deberá efectuar el saneamiento de defectos ocultos que presentara el bien adquirido de tal modo que si hubieran sido conocidos por el adquirente, en este caso Sigaar, no las habría comprado o habría dispuesto un valor inferior al inicialmente convenido. Si embargo, no devendrá responsable de aquellos defectos o menoscabos manifiestos, es decir, los que pudieron verse exteriorizados a la vista del comprador. De igual modo, tampoco devendrá responsable si existieran defectos que, no pudiendo observarse de forma cierta en el momento de la adquisición, el adquirente pudo fácilmente observarlos debido a los conocimientos suficientes por razón de su oficio o profesión. En el presente supuesto, los vicios en los que incidía podían considerarse difícilmente conocibles, dado que sin perjuicio de contar con una firma de reconocido prestigio que elaboró un informe de revisión financiera, las alteraciones realizadas en la contabilidad escondían el valor real.

Por tanto, en sede de defectos o vicios ocultos del bien adquirido podemos afirmar que pueden ser evaluados como de incuestionable gravedad, sin embargo no de tal magnitud como para creer que se ha puesto a disposición un bien distinto del inicialmente pactado, esto es, cuando nos hallamos con desperfectos, vicios, deterioros y engaños de la cosa que no presumen una falta de cumplimiento fundamental del deber de puesta a disposición, el adquirente bajo el paraguas de la acción general de saneamiento debe escoger entre accionar ex artículo 1486 del Código Civil por: (i) la acción redhibitoria referida a la solicitud de rescisión del contrato con el reintegro de las costas que pagó y a mayor abundamiento, si el adquirente conocía los vicios o defectos ocultos y, sin embargo, no los exteriorizó al comprador, alcanzará a suplicar una indemnización por daños y perjuicios; y (ii) la *quanti minoris* o acción estimatoria que consiste en requerir a la parte adversa a efectuar una reducción alícuota al valor del bien todo ello a juicio de peritos, profesionales al efecto.

Una y otra acción toman la denominación de acciones edilicias. La distinción transcendental entre las dos instituciones, a fin de reparar los derechos de Sigaar, se circunscribe en que la acción redhibitoria admite acumular la acción de indemnización por daños y perjuicios, con la única exigencia de que el adquirente cometiera la conducta con dolo o mala fe, extremo apreciable en este supuesto.

Sin otro particular, concurre una tercera alternativa, que consiste en accionar bajo el paraguas de la doctrina del *aliud pro alio*, en virtud de los preceptos 1101 y 1124 del Código Civil. Esta posibilidad adquiere mayor interés cuando nos encontramos ante vicios de una gravedad insólita que inducen a que el bien adquirido sea totalmente inhábil para el uso para el que se compró. Con todo, se estaría ocasionando una falta de cumplimiento esencial del contrato, al no poseer el contrato de su elemento primordial, el objeto. Empero, no es de aplicación en este escenario donde las acciones que Sigaar adquiere son tales sin perjuicio de ser consideradas por la sociedad y su administrador como de valor inferior a la inicial.

En definitiva, es posible que la parte adversa vistos los elementos de las distintas acciones proceda a realizar una reconvenición en virtud de la cual esgrima que la acción redhibitoria está pensada para faltas de cumplimiento de una envergadura superior que el acaecido en el caso de Greed Group, al pretender que el bien objeto de la compraventa sea diestramente inútil. En consecuencia, la acción que vaticinamos ejercitará la parte contraria es la *quanti minoris*, que halla en su *ratio legis* la equivalencia en las circunstancias del contrato, admitiendo que el valor se conciliase con el precio del bien al valor de la cosa; se trata de llegar a una equidad. Tendremos en cuenta en caso de efectuarse tal acción el plazo de prescripción de seis meses desde la entrega ex artículo 1490 del Código Civil.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica", Civitas, Madrid, 1995

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Derecho Internacional Privado Volumen I", Comares, 2017

VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital", Bosch, Barcelona, 2018