



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

MÁSTER UNIVERSITARIO DE DERECHO DE EMPRESA
Trabajo de fin de máster

Alumno: Roberto Yepes Méndez

Tutor: Elia Esteban Garcia-Alboal

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA	6
III. ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS SEGÚN LOS HECHOS	7
IV. INFORME JURÍDICO	12
SECCIÓN 1	12
1) SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES Y ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PROCESALES	12
1.1) POSIBILIDAD DE PEDIR MEDIDAS CAUTELARES Y OPONERSE.....	12
1.2) COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN ATENDIENDO A LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA.....	14
1.3) JUSTIFICACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA, POSIBILIDAD DE LITISCONSORCIO PASIVO.....	16
1.4) PROCEDIMIENTO DE CONFORMIDAD CON LA LEC.....	16
1.5) PROPOSICIÓN DE PRUEBAS Y MEDIOS DE PRUEBA.....	18
1.5.1) <i>Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar</i>	20
2) CUESTIONES MATERIALES	21
2.1) FORMULACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y EL OBJETO DEL DEBATE EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.....	21
2.2) VALORACIÓN DE LA <i>JOINT VENTURE</i>	23
2.3) ASPECTOS SOCIETARIOS INTRAGRUPO.....	24
2.4) OPRESIÓN DE LA MINORÍA EN NEWCO AL AMPLIAR CAPITAL INJUSTIFICADAMENTE.....	25
2.4.1) <i>Análisis del primer requisito ausencia de necesidad razonable</i>	28
2.4.2) <i>Acuerdo impuesto por la mayoría en interés propio</i>	32
2.4.3) <i>Existencia de un detrimento injustificado de los demás socios</i>	34
2.5) VALOR PROBATORIO DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS.....	37
2.6) AMPLIACIÓN DE CAPITAL REALIZADA.....	43
3) CONCLUSIONES	46
IV SECCIÓN 2	49
ESCRITO DE DEMANDA.....	49
SECCIÓN 3	61
INFORME SOBRE PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA, POSIBLE RECONVENCIÓN Y ESTRATEGIAS DE DEFENSA.....	61
3.1) <i>Acción de incumplimiento contractual de Sigaar contra Greed Group, valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías</i>	63
3.2) <i>Solidaridad y Mancomunidad de los administradores</i>	66
3.3) <i>Responsabilidad de los Administradores</i>	67
3.4) <i>Acción de Sigaar contra Pufosa Asesores Financieros, responsabilidad de la firma de auditoria</i>	68
3.5) <i>Desviación de la clientela constituyente de una posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko</i>	73

Lista de abreviaturas:

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC)

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

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (LC).

Ley 22/ 2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (LAC)

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

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (CCom.).

Greed Group, S.A. (Greed Group)

Sigaar BV (Sigaa)

Habanera, S.A.U. (Habanera)

Newco, S.A. (Newco)

I. Antecedentes de hecho

Greed Group, S.A., se encuentra domiciliada en Madrid e inscrita al Registro Mercantil de la misma ciudad, que desarrolla como objeto social la fabricación y comercialización de productos para caballeros. Greed Group está dirigida por un Consejo de Administración, cuya presidencia ostenta el señor Geeko, y la sociedad se consolida como la matriz de un grupo de sociedades, controlando y dirigiendo bajo la unidad de decisión empresarial a sus filiales.

Una de sus filiales más productivas es Habanera, S.A.U., una sociedad española, domiciliada en Alicante e inscrita en el Registro Mercantil de la misma ciudad, dedicada a la importación de cigarros habanos directamente desde Cuba. Una de las particularidades de Habanera es que su órgano de administración está conformado idénticamente que el órgano de administración de su matriz, de forma que los integrantes del consejo de administración que administran Greed Group gestionan y administran Habanera, estando vinculadas a tal punto que el órgano de administración de Habanera se renueva a medida que cambia el de Greed Group.

Greed Group considera que, ante las circunstancias actuales del mercado y por dificultades de aportar liquidez al negocio, resulta necesario para continuar con su empresa conseguir potenciales inversores para incorporarlos al accionariado de las distintas filiales del grupo.

Entre los inversores considerados se encuentra la sociedad de nacionalidad holandesa Sigaar, BV, fabricante de cigarros holandeses e inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam. Esta sociedad presenta interés en ampliar su actividad mediante la adquisición de una participación mayoritaria en Habanera, de forma que podrá ampliar su red comercial en los mercados caribeños y el español. En los primeros días del mes de septiembre de 2019, uno de los administradores mancomunados de Sigaar, el señor Fox, propuso al señor Gekko la constitución de una *joint venture*, con el objetivo de crear una sociedad de nueva constitución llamada Newco, S.A. y que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera. Mediante esta estructura, Sigaar, a través de Newco, tendría una participación mayoritaria en una de las filiales del grupo societario de Greed Group sin que tenga que participar directamente en una sociedad integrante de dicho grupo.

Con el fin de llevar a cabo la transacción, Greed Group pone en disposición de Sigaar un informe de revisión jurídica (*Vendor's due diligence*), realizado por los abogados internos de Greed Group, que reflejaba la situación legal general de Habanera. Conjunto a este documento, se aporta otro informe de revisión financiera, realizado por una firma de auditoría de reconocido prestigio en España, y que fue seleccionada a instancias de Sigaar. En dicho informe financiero, se analizaban los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y detalla la previsión de resultados a cierre del ejercicio de 2019.

A la vista de los distintos documentos y las oportunidades empresariales que la operación podía reportar, valiéndose sobre todo en el informe de la auditoría seleccionada por Sigaar, Pufosa

Asesores Financieros, Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes a Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA de Habanera, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019.

Meses después, el 15 de noviembre de 2019 las partes firmaron un acuerdo de intenciones en donde describían los términos esenciales de la operación que iban a ejecutar, estando incluido en dicho acuerdo la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de 24 meses de las declaraciones y garantías a suscribir.

La operación se estructuraba en dos fases. En la primera fase Sigaar adquiriría el 75% de Habanera al precio fijado por el informe realizado por Pufosa Asesores Financieros. En la segunda fase, constituirían Newco, aportando entre las dos, el 100% del capital social de Habanera. De esta forma, la propiedad del capital social de Newco pertenecería en un 75% de Sigaar y a Greed Group en un 25%. Al momento de constituir Newco, el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias, realizado por un experto independiente, arrojó un resultado similar al contenido en el informe realizado por la firma de auditoría Pufosa Asesores Financieros.

El día 20 de diciembre de 2019, Greed Group y Sigaar procedieron conforme a lo establecido en el acuerdo de intenciones. Los contratos de la operación, formalizados ese día entre el señor Gekko y el señor Fox, y elevados a público ante notario, contenían un periodo de vigencia de las declaraciones y garantías sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, habiéndose especificado en el acuerdo que la vigencia de las declaraciones y garantías era de 12 meses. Adicionalmente, se estableció una cláusula de sumisión por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarían ante los Juzgados y Tribunales de Valencia.

Una vez constituida Newco como una sociedad anónima, con domicilio social en Barcelona e inscrita en el Registro Mercantil de la misma ciudad, el señor Fox fue designado administrador único de Newco, encargando la gestión diaria a manos del señor Gekko, dado que este mantenía el contacto con los clientes y proveedores de Habanera en el mercado caribeño y español.

El 10 de marzo de 2020, los representantes de Sigaar y Greed Group se reunieron en Miami Beach. En dicho encuentro, el señor Fox puso de manifiesto que, tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a juicio del señor Fox, por Habanera con la finalidad de incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, aumentando artificialmente el precio de las acciones. Para basar sus afirmaciones, el señor Fox utilizó un informe financiero llevado a cabo por el departamento de contabilidad de Sigaar, donde calculaba que el EBITDA, una vez corregido, era de 771.460 euros. Con base a ello, los representantes de Sigaar solicitaron el ajuste del precio de la compraventa de acuerdo con el EBITDA calculado por el departamento de contabilidad de Sigaar. Por su parte, los representantes de Greed Group rechazaron rotundamente la afirmación hecha por el señor Fox, poniendo de manifiesto su disconformidad con la información arrojada por el informe interno de Sigaar.

Tiempo después, hubo un cruce de emails, subidos de tono, entre el señor Gekko y el señor Fox, en los que el primero reiteró al segundo que no iban a consentir las acusaciones vertidas contra Greed Group por las supuestas irregularidades contables de Habanera que, a juicio del señor Gekko, eran completamente infundadas.

El día 27 de abril de 2020, se celebró la Junta General Extraordinaria de Newco, con las formalidades relativas a la convocatoria y su constitución debidamente cumplimentadas, donde se adoptaron distintos acuerdos sociales. Los dos acuerdos sociales adoptados más relevantes fueron el que acordó la destitución del señor Fox como administrador único de Newco y el nombramiento de Glause Roist (el otro administrador mancomunado de Sigaar) como nuevo administrador único de Newco y el que acordó el aumento de capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar.

En el acta de dicha Junta General Extraordinaria quedó expresado que el accionista minoritario, Geed Group, votó en contra del aumento de capital, ya que considera que el acuerdo se impuso de forma abusiva por parte de la mayoría ostentada por Sigaar y que sostiene que dicho acuerdo se tomó con el ánimo de diluir sustancialmente la participación de Greed Group en el capital social de Newco dado que, a resultas de la ampliación, Greed Group pasó de ostentar un 25% a un 5% del capital social.

A raíz de dicha Junta General y los acuerdos adoptados existe un ambiente de tensión en Newco, tanto por las desavenencias personales de sus integrantes como por la situación de la parálisis total de la industria cigarrera a nivel mundial y la crisis de demanda de estos productos. Ello repercute en la gestión diaria de Newco, llegando al punto de poder frustrar las sinergias previstas por el proyecto de *Joint Venture*. La cúspide de la tensión llevó a Sigaar a considerar oportuno despojar al señor Gekko de todas sus funciones de gestión en Newco, porque entiende que el señor Gekko no está desempeñando su labor diligentemente al no establecer adecuadamente un canal de distribución online y, además, tiene la sospecha de que el señor Gekko está montando un negocio paralelo y desviando la clientela.

II. Introducción y metodología

Este informe se realiza por encargo del Señor Gekko, actuando en representación orgánica de Greed Group, S.A. con la finalidad de asesorar jurídicamente acerca de las opciones que el ordenamiento jurídico español prevé de cara a solventar su situación actual con la sociedad Sigaar, BV, y su empresa conjunta Newco, S.A., ofreciendo por nuestra parte soluciones óptimas para sus intereses empresariales y para la adecuada defensa de sus derechos.

El informe se divide en tres secciones. En la primera se desarrolla a nivel teórico las instituciones jurídicas, conceptos, figuras legales, jurisprudencia aplicable al caso y las estrategias que Greed Group, S.A. tiene a disposición para la estimación de sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional. Una vez elegida la estrategia procesal más beneficiosa para los intereses de nuestro cliente, la segunda sección se expone a través de la materialización de dicha estrategia en una demanda. La tercera sección se compone de un escrito que hace una prospección sobre la contestación a la demanda planteada y la posible reconvenición o acciones judiciales en contra de Greed Group, S.A. que Sigaar pueda ejercitar.

La metodología utilizada en este informe se compone principalmente de una descripción de los preceptos legales, contrastados y analizados conjunto a jurisprudencia y doctrina aplicable al caso, que el ordenamiento jurídico dispone para la satisfacción y defensa de los intereses y derechos de Greed Group.

III. Alternativas estratégicas según los hechos

Tras el estudio de los antecedentes de hecho, resulta incuestionable que la principal necesidad empresarial que Greed Group pretende colmar es conseguir liquidez para los negocios emprendidos por las distintas sociedades que conforman el grupo societario. Es por ello que nuestra visión sobre las distintas soluciones y estrategias debe considerar dicha circunstancia como base fundacional.

Con la finalidad de aportar liquidez a su negocio, Greed Group se aventura en la búsqueda de potenciales inversores, siendo la oferta que más le ha interesado la propuesta por la sociedad Sigaar. Además, para asegurar la satisfacción su principal necesidad financiera, tiene en cuenta positivamente las sinergias que proyecta la constitución de una *joint venture* conjunto a Sigaar, con la finalidad de llevar a cabo una empresa conjunta que expanda una parte del negocio del grupo societario encabezado por Greed Group y, en consecuencia, consiga aportar liquidez a las compañías que integran el grupo ante la compleja situación actual del mercado a nivel global.

Por ello, una de las hipótesis que permitirá mantener el negocio conjunto de *joint venture*, con los beneficios económicos que ello trae a Greed Group, es la impugnación del acuerdo social de aumento de capital con cargo a compensación de crédito. Consideramos que esta es de las principales cuestiones que se presentan como una solución dado que el proceder bajo esta estrategia permite que Greed Group recupere su posición inicial en Newco y, al mismo tiempo, mantiene en pie el proyecto empresarial conjunto a Sigaar.

Como más adelante se detallará en este informe, atendiendo a los hechos del caso cabe afirmar que existe una base jurídica sólida para solicitar a los órganos jurisdiccionales la anulación del acuerdo y, en caso de prosperar la demanda de impugnación de acuerdo social, se anulará el aumento de capital acordado, retro trayendo a los socios a ostentar el capital social que ostentaban antes de dicho acuerdo.

Desde el punto de vista de los riesgos que ello conlleva el resultado contrario, es decir, la desestimación de la demanda de impugnación de acuerdo social, será el soportar el pago de las costas generadas por el pleito y la consolidación de la distribución del capital social. No obstante, atendiendo a las circunstancias del caso parece no haber de peso que permitan pronosticar con altas probabilidades que la posición de Newco, en su contestación a la demanda de impugnación de acuerdos sociales, sea estimada. De ello se detallará en la tercera sección de este informe relativo a la contestación de la demanda, pero cabe adelantar que, conforme a los medios de prueba que podemos aportar al procedimiento judicial dificultaremos que el órgano jurisdiccional sea convencido por la otra parte de que el detrimento de la posición de Greed Group está justificado dado que el acuerdo de aumento de capital responde a necesidades empresariales razonables.

También, como parte de las alternativas estudiadas, cabe acudir a la vía penal con base al delito de imposición de acuerdos lesivos del artículo 291 del código penal, el cual establece que quienes prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Sin embargo, por el principio de última ratio que impera en el orden penal, debemos dejar este tipo de soluciones a los casos más graves, donde se muestren indicios más claros de la conducta delictual tipificada en el tipo penal. Por lo tanto, en coherencia con el principio de intervención mínima penal, consideramos que acudir al procedimiento de impugnación de acuerdos societarios ante los Juzgados de lo Mercantil resulta más adecuado para nuestro supuesto.

Otra de las alternativas que cabe contemplar es la resolución de los contratos, tanto el contrato de compraventa de acciones como el contrato de *joint venture*. Para sostener la resolución de los contratos podríamos acudir a distintas vías, como una acción declarativa de nulidad del contrato por vicio del consentimiento conforme a los artículos 1261 y 1265 del Código Civil (en adelante CC), o mediante la acción de incumplimiento contractual con base a los artículos 1101 y 1124 CC. No obstante, teniendo en cuenta cuál es el principal interés de Greed Group, este tipo de solución no se presenta como la más óptima por varias razones que exponemos a continuación.

En primer lugar, los efectos de declarar los contratos nulos vienen en los artículos 1300 y siguientes del CC. Específicamente, el artículo 1303 CC prevé que una vez declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. En caso de prosperar esta acción contra los dos contratos, las aportaciones sociales de Newco serán restituidas a Greed Group y a Sigaar, y luego se restituirán las acciones de Habanera a Greed Group y este restituirá el precio pagado a Sigaar. El plazo de prescripción de esta acción, conforme al artículo 1301 CC, es de cuatro años.

Una vez presentados los hipotéticos efectos de declarar nulo el contrato con base a los artículos 1261, 1265, 1300 y 1303 CC, debemos afirmar que atendiendo a los antecedentes de hecho difícilmente podrá prosperar esta acción porque Greed Group contrató con pleno conocimiento y voluntad de contratar, conociendo a la otra parte contratante y sabiendo cuál era el objeto y causa del contrato, por tanto no podrá afirmar que su consentimiento se encontraba viciado por error, violencia, intimidación o dolo al momento de contratar con Sigaar. Por lo tanto, entendemos que Greed Group carece de base jurídica para ir por esta vía y por ello la catalogamos como una estrategia prácticamente abocada al fracaso.

En relación a la opción de solicitar la resolución de los contratos con base a los artículos 1101 y 1124 CC, una vez descartada la existencia de condiciones resolutorias en el contrato y al tratarse de obligaciones recíprocas, como ocurre en la compraventa al estar obligada una de las

partes a dar la cosa objeto de venta y la otra a pagar el precio, se entiende implícitamente que una de las partes esta facultada para resolver la obligación si uno de los obligados no cumple con sus obligaciones, pudiendo el perjudicado exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación. En caso de prosperar dicha acción, Greed Group como parte perjudicada podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Si entendemos que el desvincularse por completo de Sigaar es una de los principales intereses de Greed Group, optaríamos por esta opción solicitando la resolución de la obligación, de forma que el resultado será dejar sin efecto las obligaciones derivadas de los contratos y la restitución recíproca de las prestaciones, siendo restituido a Greed Group y a Sigaar las acciones de Habanera aportadas a Newco, y a dicha restitución le sigue otra, de forma que a Greed Group le serán restituidas la totalidad de las acciones de Habanera que ostenta Sigaar y a Sigaar le será restituido el precio pagado por ellas. Es decir, retrotraerá a las partes a la situación jurídica anterior a la celebración de los contratos resueltos.

Sin embargo, para poder acudir a esta acción se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que, a la luz de los hechos, parecen no concurrir en nuestro caso. Primordialmente, el artículo 1124 CC exige el incumplimiento por una de las partes de las prestaciones contractuales asumidas, y ello no ha ocurrido dado que Sigaar ha cumplido pagando el precio en el contrato de compraventa, y ha cumplido con lo asumido en relación a la constitución y desarrollo de la *joint venture*. Cuestión distinta al incumplimiento contractual son las actuaciones que constituyen las operaciones societarias internas, como el acuerdo de aumento de capital, que han tenido lugar en el seno de Newco. Adicionalmente, y sin el propósito de ser exhaustivos al enumerar las distintas circunstancias adversas que impedirían la estimación de esta acción, se requiere que el incumplimiento sea de una entidad tal que impida el fin normal del contrato, de forma que las expectativas legítimas generadas en las partes contratadas se vean frustrada, cosa que difícilmente se puede sostener ya que en principio parece no haber un incumplimiento contractual, y, en el improbable caso de haberlo, no pareciese que fuera de tal magnitud ⁽¹⁾.

No obstante, al tener en cuenta la actual situación de pandemia y la crisis económica generada la propagación la enfermedad, cabe la posibilidad de acudir a la regla *rebus sic stantibus*, cláusula de elaboración jurisprudencial, que requiere para su admisión ⁽²⁾ como premisas fundamentales: a) la alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir

¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2007 en su fundamento de derecho primero precisa que “...asimismo, la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 del Código Civil, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, para atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato - Sentencias de 7 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3886) y 18 de octubre de 2004 (RJ 2004\6571) – entre otras”.

² De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituida, principalmente, por las sentencias 15 de octubre de 2014 (núm. 591/2014; RJ 2014\2019); de 30 de junio de 2014 (núm. 333/2014; RJ 2014\3526); de 15 de enero de 2019 (núm. 19/2019; RJ 2019\146); entre otras.

el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por las sobrevenidas circunstancias radicalmente imprevisibles. En caso de concurrir los requisitos, el efecto que surte aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* es la modificación del contrato encaminada a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

En nuestro supuesto, existen argumentos para considerar que primero y el tercero de los requisitos concurre, al haber formalizado los contratos de la operación en diciembre del año 2019, momento en que el virus SARS-CoV-2 se estaba propagando aceleradamente por el planeta y las organizaciones internacionales de salud advertían sobre sus peligros, aunque con cierta confusión en cuanto a las medidas a adoptar para evitar su propagación, hace que las circunstancias que existen para el momento de cumplir el contrato hayan sufrido graves alteraciones en comparación con las previsiones que tenían las partes durante la formalización de los contratos, y además, resulta complicado sostener que la actual pandemia y crisis económica tenía un carácter previsible al momento de negociar y constituir a *joint venture*, pues parecía impensable que la situación fuese a derivar en la crisis actual.

No obstante, consideramos que esta vía, aunque tiene probabilidades de ser estimada ante los órganos jurisdiccionales dado se ha flexibilizado la aplicación de la cláusula, son mayores las probabilidades de ser desestimada porque el segundo requisito, sobre la desproporción exorbitante de las prestaciones de las partes, no parece concurrir, al observar que las prestaciones de las partes no han variado sustancialmente a raíz de la crisis sanitaria. Las prestaciones derivadas de la *joint venture* para las partes no han sufrido variaciones desorbitantes que permitan sostener que una de las partes tiene que realizar prestaciones excesivamente onerosas, ni tampoco cabe argumentar que las prestaciones derivadas del contrato de compraventa hayan sufrido una modificación que suponga una onerosidad excesiva para alguna de las partes, dado que el precio se pagó con base a un documento que no viene influido por las consecuencias de la pandemia al haberse elaborado con anterioridad a la misma.

Por lo tanto, consideramos que no existen argumentos de peso que conlleven a la estimación de una acción de incumplimiento contractual que permita resolver las obligaciones contraídas y, además, los efectos inmediatos en el hipotético de prosperar la acción, no estarían alineados con el interés principal de Greed Group en obtener liquidez para su grupo societario ni tampoco con la posibilidad de expandir su negocio, ya que volvería al punto de inicio, a diferencia de los efectos que conlleva la primera de las estrategias planteadas, que permite mantener a flote la empresa conjunta. En caso de que la acción resolutoria con base a la cláusula *rebus sic stantibus* prospere la consecuencia será la modificación de las prestaciones previstas en el contrato de *joint venture*.

Otra de las alternativas que se han considerado en este trabajo es acudir al arbitraje. No obstante, hemos de descartar esta alternativa dado que en el supuesto de hecho no se menciona que exista cláusula arbitral dentro de los estatutos de Newco que permita ir a dicho

procedimiento alternativo de resolución de conflicto, tal y como exige el artículo 11 *bis* de la Ley de Arbitraje.

Por otra parte, el artículo 348 LSC presenta la disolución de Newco por mero acuerdo de la junta otra de las alternativas a tener en cuenta. El principal inconveniente que presenta esta opción es que, en contra de los principales intereses de Greed Group, la disolución acaba con la personalidad jurídica de Newco, viniendo los socios obligados a llevar a cabo el proceso de liquidación, realizando los activos sociales para satisfacer todos los pasivos que queden pendientes y, de quedar remanente, repartiendo la cuota de liquidación que correspondería a cada socio. Partiendo de que se consiga la mayoría exigida para adoptar el acuerdo de disolución, es en reparto de la cuota de liquidación donde se presenta el mayor inconveniente para Greed Group ya que el artículo 392 LSC establece que, salvo disposición contraria en los estatutos sociales, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social. Es por ello que no recomendamos esta alternativa, porque en caso de lograr acordar en Junta General la disolución de Newco, al no mencionar el supuesto de hecho si hay previsiones estatutarias que regulen el la distribución de la cuota de liquidación entendemos que no existe cláusula estatutaria alguna al respecto, por lo que la distribución de la cuota de liquidación irá en un 95% a Sigaar y en un 5% para Greed Group, quedando claramente demostrado el perjuicio que ello supondrá para Greed Group, quedando como la parte menos favorecida en un escenario de disolución por mero acuerdo de la Junta General de Newco.

En conclusión, la impugnación de los acuerdos sociales se presenta como la vía más beneficiosa desde el punto de vista de los intereses de Greed Group y también la que mayores probabilidades de estimación tiene, dado que los hechos del caso otorgan una sólida base jurídica para pedir la anulación del acuerdo social.

IV. Informe jurídico

Sección 1

1) Solicitud de medidas cautelares y análisis de las cuestiones procesales

1.1) Posibilidad de pedir medidas cautelares y oponerse.

Partiendo de la interposición de una demanda de impugnación de acuerdo social, que tenga por objeto la anulación del aumento de capital social de Newco, llevada a cabo con cargo a la compensación de créditos como la estrategia escogida como parte del asesoramiento solicitado por el señor Gekko, en representación de Greed Group, cabe solicitar conjunto a esta demanda la adopción de medidas cautelares, siempre que cumplan con las características previstas por el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Es decir, las medidas solicitadas deben ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de esta forma dicha sentencia no se verá impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente; y no pueden ser susceptibles de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

En añadidura, dicho precepto establece que las medidas cautelares pueden consistir en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, siendo acordadas por el tribunal, siempre que dichas medidas presenten el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento que también caracteriza la tutela judicial cautelar.

En segundo lugar, el artículo 727 LEC dispone de una lista abierta de posibles medidas cautelares, donde nos interesa principalmente las establecidas en los ordinales 5, 6 y 10, solicitando la anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo social en el Registro Mercantil, conforme al ordinal 5º, de forma que pueda desplegar anticipadamente determinados efectos de la cosa juzgada, tales como la cancelación de la inscripción del acuerdo y de los asientos posteriores al de la anotación preventiva, posibilitando en última instancia, la enervación de la eficacia de la fe pública registral; solicitando la suspensión de los acuerdos sociales, conforme al ordinal 10º, de manera que, y aunque sea de forma provisional, los efectos jurídicos del acuerdo impugnado no puedan ser desplegados e impidiendo la inscripción de actos conexos y compatibles con el acuerdo social impugnado; y, conforme al ordinal 6º, solicitando la publicación de dichas anotaciones preventivas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, con la finalidad de dar publicidad a la situación litigiosa que presenta el acuerdo social de aumento de capital, cuestión que va encaminada a la salvaguarda de los derechos de terceros que confían en la nueva cifra de capital social de Newco configurada tras el aumento de capital.

En tercer lugar, el artículo 728 LEC incorpora los presupuestos procesales que deben concurrir para la estimación de la solicitud de las medidas cautelares, señalando 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 impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria; el párrafo 2º del citado precepto exige que junto a la solicitud se acompañen los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal y sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión o apariencia de buen derecho; el párrafo 3º establece que salvo se disponga otra cosa, el solicitante deberá prestar caución suficiente para responder de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de las medidas cautelares pueda ocasionar en el patrimonio del demandado.

Por tanto, los presupuestos a los que se refiere lo anteriormente expuesto, son concretamente el riesgo de mora procesal, la apariencia del buen derecho y la prestación de caución. El primero de ellos, denominado con el bocado en latín “*periculum in mora*” y recogido en el artículo 728.1 LEC, apunta a un riesgo de transformación de la situación fáctica sobre la que deba recaer la resolución a adoptar en el proceso principal, determinando dicha transformación la posible inejecutabilidad, sea parcial o sea total, de la resolución (sentencia). Por consiguiente, no se trata de poner de relieve ante el Tribunal el riesgo consustancial y propio a la pendencia de todo litigio, ni puede confundirse con el riesgo genérico y abstracto, de mera potencialidad, de alteración de las situaciones de hecho por parte del demandado o de terceros, porque de ser así, el juicio de valoración previsto por el artículo 728 LEC sería superfluo en cuanto al riesgo de la mora procesal, al ser un riesgo inseparable de la mera existencia de un proceso judicial. Es por ello que, para acceder a la tutela cautelar, será necesario acreditar un riesgo real, efectivo y probado, materializado mediante hechos o indicios puestos de manifiesto y que estos revelen la presencia de un peligro individualizado y bien determinado, sin que sea suficiente la mera invocación de riesgos potenciales o la pendencia consustancial a todo litigio.

En consecuencia, y atendiendo a las circunstancias de nuestro caso, resulta recomendable alegar que el presupuesto de riesgo de demora procesal se materializa en el inmediato perjuicio que genera la inscripción del acuerdo de aumento de capital en el Registro Mercantil en los derechos del Greed Group como socio minoritario de Newco, dado que una vez inscrito el acuerdo de aumento de capital social cobra plena eficacia, haciendo que la dilución injustificada de la posición del socio minoritario sea prácticamente irreversible.

El segundo de los presupuestos es la apariencia de buen derecho, conocido por el bocado en latín “*fumus boni iuris*”, recogido en el artículo 728.2 LEC y es descrito como “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión”. Este presupuesto requiere aducir ante el Tribunal una justificación previa de la pretensión principal, que permite un juicio de pronóstico de posible acogimiento final de la pretensión. Es decir, *ex ante* la acción deducida debe presentar una apariencia de verosimilitud en los hechos y en el Derecho invocado, dichos indicios suelen resultar de la documentación aportada y de otras formas de justificación indiciaria.

No obstante, el órgano jurisdiccional al pronunciarse sobre la apariencia del buen derecho, no podrá adelantar valoraciones de prueba que corresponden al momento de dictar sentencia en los autos principales, ni prejuzgar en modo alguno el sentido del fallo. Es por ello, que el examen de este presupuesto se contraerá a la comprobación formal de que la hipótesis de hechos descritos en el escrito de demanda coincide, en su apariencia y descripción, con el supuesto de hecho de las normas jurídicas que se pretenden aplicar con su consecuencia jurídica. En resumen, se trata de una mera valoración provisoria, de tipo eventual y claudicante sobre la apariencia del buen derecho de quien solicita la medida cautelar.

En consecuencia, y como parte del asesoramiento ofrecido, resulta recomendable alegar que el presupuesto procesal de apariencia de buen derecho concurre toda vez que se ha infringido el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital, por el carácter abusivo de la imposición de los acuerdos adoptados. Para que esta la acción de impugnación prospere será necesario acreditar que los acuerdos sociales impugnados fueron impuestos por la mayoría, es decir, el 75% de los derechos de votos, ostentados por Sigaar, votaron favorablemente a dicho acuerdo; que los acuerdos sociales impugnados fueron impuestos de forma abusiva dado que responden exclusivamente al interés propio de Sigaar, adoptándose en detrimento injustificado de Greed Group, con el propósito de perjudicar los intereses del accionista minoritario; que los acuerdos sociales impugnados fueron adoptados sin responder a ninguna necesidad razonable de la sociedad, dado que, como se demostrará en el acto del juicio mediante los correos electrónicos y otros medios de prueba, el aumento de capital y la específica modalidad de compensación de créditos fue elegida con la finalidad beneficiar a Sigaar en la toma de control de Newco y, al mismo tiempo, buscar perjudicar a Greed Group en retaliación por las desavenencias ocurridas entre el sr. Fox y el sr. Geeko.

Recogida por el artículo 728.3 LEC, la caución es el tercer presupuesto que debe concurrir, por ello, conjunto a la solicitud de medidas cautelares debemos ofrecer y prestar fianza, pues es una premisa exigida para hacer efectiva la tutela cautelar, garantizándose con la caución una respuesta rápida y efectiva de los daños que la adopción de la medida cautelar pudiera causar a la parte demandada. Mediante un informe pericial puede estudiarse la cuantía que debe cubrir la fianza o el aval bancario a primer requerimiento, valorando el coste de los posibles perjuicios que la interposición de una demanda de impugnación de acuerdo social puede ocasionar en Newco. No obstante, resulta altamente recomendable justificar ante el órgano jurisdiccional que la cuantía ofrecida se presta teniendo en cuenta que la sociedad Newco en todo momento podrá continuar su actividad normal, dado que, bajo las circunstancias del caso, la suspensión de los efectos del acuerdo de aumento de capital difícilmente podrá paralizar las operaciones regulares de Newco, S.A.

1.2) Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa.

Partiendo de la regla general establecida por la LEC, prevista en el artículo 45, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Seguidamente, cabe citar el artículo 86 *ter* párrafo 2º de Ley Orgánica del Poder Judicial (en

adelante LOPJ) ya que prevé que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, enumerando una lista de materias y procedimientos que han de ser conocidos y resueltos por estos juzgados. Específicamente, en nuestro supuesto es de aplicación la letra A) de dicha lista, dado que atribuye a los Juzgado de lo Mercantil el conocimiento de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.

Por lo tanto, cabe sostener que la competencia para tramitar y decidir en primera instancia sobre los procesos de impugnación de acuerdos sociales se atribuye, por razón del objeto, a los Juzgados de lo Mercantil, con base al artículo 86 ter 2 letra A) y según expone la disposición adicional 8va de la LOPJ.

Por su parte, el artículo 61 LEC reconoce la competencia funcional por conexión de estos juzgados al disponer que, salvo que una disposición legal lo establezca en otro sentido, el Tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.

Desde el punto de vista de la competencia territorial, será competente el Juzgado de lo Mercantil del domicilio de la sociedad demandada, conforme al artículo 52.1. 10º LEC. Teniendo en cuenta el contenido del artículo 54.1 LEC, se establece como regla general que las normas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita, sin embargo, el mismo precepto expresamente exceptúa de dicha regla general las reglas establecidas en los números 1º y 4º a 15º del artículo 52.1 LEC y las reglas contenidas en el artículo 52.2 LEC. Por lo tanto, la regla que atribuye la competencia territorial al Juzgado de lo Mercantil del domicilio social se constituye como una norma de fuero imperativo que no puede ser menoscabada ni contravenida por acuerdo entre las partes mediante el establecimiento de una cláusula de sumisión.

En relación a la jurisdicción, el artículo 117.3 de la Constitución española establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento de las mismas.

Por tanto, atendiendo al artículo 26 de la LOPJ, se establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye, entre los distintos juzgados y Tribunales que enumera el precepto, a los Juzgados de lo Mercantil y, a mayor abundamiento, el artículo 86 *bis* de la LOPJ establece que, con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios Juzgados de lo Mercantil.

En conclusión, la jurisdicción en este asunto corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles, pertenecientes al orden civil. La competencia corresponde, por razón del objeto, a los Juzgados de lo Mercantil, y la competencia territorial para conocer sobre la impugnación

de los acuerdos sociales de Newco corresponde a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, dado que Newco tiene su domicilio social en Barcelona y está inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad.

1.3) Justificación de la legitimación activa y pasiva, posibilidad de litisconsorcio pasivo.

Conforme al artículo 206.1 LSC, están legitimados activamente para la impugnación de acuerdos sociales los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital. Por su parte, el artículo 6.1.3º LEC dispone que las personas jurídicas tienen capacidad para ser parte en los procesos judiciales. Greed Group, es una sociedad anónima con personalidad jurídica que, al momento de interponer la demanda de impugnación, ostenta el 5% del capital social de Newco. Por consiguiente, ostenta legitimación activa para interponer una demanda de impugnación de acuerdos sociales y ser parte actora del mismo.

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, el artículo 206.3 LSC dispone que las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad, es decir, contra Newco. Dada la redacción de dicho precepto, para este tipo procedimiento únicamente cabe accionar contra la sociedad mercantil Newco y, por lo tanto, no hay posibilidad de litisconsorcio pasivo necesario.

1.4) Procedimiento de conformidad con la LEC.

El artículo 249.3 LEC dispone el cauce procesal por el cual se ventilan las cuestiones relativas a la impugnación de acuerdos sociales, estableciendo que el procedimiento adecuado para resolver sobre dicha impugnación es el juicio ordinario. Lo dispuesto por este precepto se relaciona con el artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), dado que este último remite al seguimiento de los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la LEC para la impugnación de los acuerdos sociales.

Para que el procedimiento de impugnación de acuerdos societarios tenga lugar, es un presupuesto lógico que exista un acuerdo social y, en segundo lugar, es necesario que el acuerdo impugnado no sea uno confirmatorio de otro adoptado por el órgano del que emana dicho acuerdo. En este sentido son impugnables en el marco de la LSC, los acuerdos sociales y los acuerdos del consejo de administración, y asimismo los acuerdos adoptados en asambleas de obligacionistas, conforme a los artículos 204, 251 y 427 LSC.

Desde el punto de vista de las causas legales de la impugnación de acuerdos sociales, el artículo 204 LSC establece que son impugnables los acuerdos sociales contrarios a la Ley, los que se opongan a los estatutos o al reglamento de la Junta de la sociedad o los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Por tanto, el precepto no hace una distinción tajante entre los acuerdos nulos y los acuerdos anulables. Resulta relevante resaltar que conocer dicha distinción no es baladí, dado que de ello dependerá cuestiones tales como la caducidad de la acción, la legitimación activa y pasiva, las pretensiones a aducir ante el órgano jurisdiccional y los efectos de la resolución que recaiga. En consecuencia, para interponer

correctamente la demanda de impugnación de acuerdo social resulta relevante conocer de antemano si el acuerdo social incurre en vicios que determinan su nulidad o su anulabilidad.

Por ende, consideramos oportuno exponer someramente acerca del procedimiento que ha de seguir cada acción de impugnación dependiendo de si se persigue impugnar un acuerdo nulo o anulable, con la finalidad de encuadrar los fundamentos que sustentarán nuestras pretensiones.

En relación con los acuerdos sociales reputados nulos, tras una lectura pormenorizada del artículo 204 y siguientes LSC, cabe sostener que los acuerdos sociales nulos son aquellos que, por sus circunstancias, causa o contenido resulten contrarios al orden público. Por ello, el plazo de caducidad de la acción de impugnación no caducará ni prescribirá, conforme al artículo 205 LSC. Además, la legitimación activa para impugnar el acuerdo social por nulidad del mismo se extiende a cualquier socio, aunque hubiera adquirido la condición de socio después del acuerdo, a cualquier administrador e incluso a cualquier tercero, según disposición del artículo 206 LSC.

En síntesis, cuando se trate de impugnar un acuerdo social por ser contrario al orden público, por ejemplo, al ser un acuerdo social simulado o ser un acuerdo adoptado en una Junta General que nunca se llegó a celebrarse, no existe plazo de caducidad para interponer la acción y la legitimación activa se amplía a cualquier socio, administrador o tercero.

En lo que respecta a la pretensión del procedimiento al impugnar un acuerdo nulo, será necesario aducir ante el juzgado una pretensión declarativa de nulidad del acuerdo impugnado, siendo necesario para el acogimiento de esta pretensión declarativa de nulidad que el acuerdo vulnere una norma imperativa, conforme a lo establecido por el artículo 6.3 CC. Conforme a lo anterior, al deducir una pretensión declarativa de nulidad, la primera exigencia procesal es la invocación de manera concreta la norma legal infringida, constituyendo dicha invocación tanto parte de la fundamentación jurídica de la demanda como también un elemento esencial de la pretensión.

En caso de triunfar la pretensión, recaerá una resolución declarativa de nulidad y los efectos *ex tunc* de la misma retrotraerán la situación jurídica al momento de la celebración del negocio jurídico que es nulo de pleno derecho, es decir, al momento de adopción del acuerdo.

Cuando se trata de impugnar acuerdos anulables, siendo anulables aquellos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros y aquellos que infrinjan una norma estatutaria, el artículo 205 LEC prevé un plazo de caducidad de un año para ejercitar la acción de impugnación, contando desde la fecha de adopción del acuerdo adoptado en la junta de socios, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. En caso de que el acuerdo hubiera sido inscrito en el Registro Mercantil, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. Desde el punto de vista de la legitimación activa, el artículo 206 LEC legitima activamente a cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual

o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital social. Bajo este supuesto, la pretensión a incluir en la demanda de impugnación debe ser una pretensión constitutiva de anulación, teniendo como causa de pedir el acuerdo social anulable, siendo esta circunstancia la fundamentación fáctica de la causa de pedir y el artículo 204 LSC fundamentación jurídica.

Dado que la pretensión es constitutiva de anulación, el triunfo de la demanda queda supeditado a que, nosotros como parte actora, aleguemos y probemos la existencia de los hechos constitutivos en los que fundamentaremos el derecho a la tutela judicial solicitada, conforme al artículo 217 LEC. Por hecho constitutivo debe entenderse aquellos hechos que son la causa de la tutela solicitada.

Por lo tanto, atendiendo a las circunstancias de nuestro supuesto, será Greed Group quien deba alegar el hecho constitutivo de su pretensión, y aportar pruebas al procedimiento que acrediten que el acuerdo social impugnado fue adoptado con vulneración del interés social de Newco, al haber sido impuesto abusivamente por la mayoría ostentada por Sigaar, sin que el contenido ni la concreta modalidad elegida de aumento de capital social responda a una necesidad empresarial razonable de la sociedad y, además, justificar que el acuerdo perseguía perjudicar la posición societaria del socio minoritario de Newco al diluirla injustificadamente.

En último lugar en relación al procedimiento ordinario previsto por la LEC, en caso de triunfar las pretensiones de Greed Group, recaerá una sentencia constitutiva de anulación que va a tener efectos *ex nunc*. Es decir, los efectos de la sentencia estimatoria se despliegan a partir del momento en que la misma se dicta.

1.5) Proposición de pruebas y medios de prueba.

El punto de partida para desarrollar esta cuestión es el contenido del artículo 281 LEC, este precepto dispone que la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. En su apartado tercero nos recuerda que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes y en el apartado cuarto establece que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Por consiguiente, los medios de prueba a proponer deben ir encaminados a demostrar el carácter abusivo con que fue acordado el acuerdo social de aumento de capital social de Newco. Además, las pruebas a proponer tienen que ser pertinentes y útiles, dado que el artículo 283 LEC establece que no deberá admitirse prueba alguna que, por no guarda relación con el objeto del proceso, se considere impertinente ni tampoco aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso contribuyen a esclarecer los hechos controvertidos y, por ello, se consideren inútiles.

Conforme al artículo 284 LEC, la proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos separadamente y según el artículo 299 LEC, los medios de prueba disponibles

para las partes en juicio son el interrogatorio de las partes, los documentos públicos, los documentos privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial, el interrogatorio de testigos, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que sean relevantes para el proceso. Adicionalmente, el apartado tercero del artículo 299 LEC deja abierta la posibilidad de hacer uso de cualquier otro medio que no esté expresamente previsto en este precepto, pero que sea útil y pertinente para obtener certeza sobre los hechos relevantes alegados por las partes.

En nuestro supuesto, para demostrar la solidez de nuestras pretensiones recomendamos utilizar el contrato de la operación de *Joint Venture* elevado a escritura pública, como documento público, con la finalidad de demostrar que, además de las obligaciones consustanciales a la condición de socio, Sigaar asumió obligaciones destinadas al desempeño óptimo, razonable y continuado de la empresa conjunta.

En segundo lugar, recomendamos hacer uso del acta certificada del acuerdo social, como prueba documental, y la escritura pública que documenta la ejecución del aumento de capital de Newco, como documento público, con la finalidad de acreditar que el socio minoritario de Newco, Greed Group, votó en contra del aumento de capital con cargo a compensación de créditos.

En conexión con lo anterior, recomendamos aportar los correos electrónicos cruzados entre el sr. Fox y el sr. Gekko como prueba electrónica, en su modalidad de instrumento que permite archivar y conocer palabras y datos relevantes, acompañada con un informe pericial que acredite la autenticidad e integridad de los mismos, con la finalidad de demostrar que las desavenencias personales surgidas a raíz de la reunión que tuvieron en Miami Beach los representantes de Sigaar y de Greed Group, son la causa del de aumento de capital por compensación de créditos, demostrando que el aumento de capital se llevó a cabo en retaliación contra Greed Group, con el propósito de perjudicarlo mediante la dilución de su posición en el accionariado y demostrando, al mismo tiempo, que el aumento de capital no responde a una necesidad razonable de financiación para Newco.

En tercer lugar, proponemos el interrogatorio de parte, específicamente solicitaremos interrogar al señor Fox como administrador único de Newco, con la finalidad de interrogarle acerca de cuáles fueron las razones que lo llevaron a proponer a la Junta General el aumento de capital con cargo a compensación de créditos y por qué eligió precisamente esta modalidad de aumento. También para cuestionarle acerca del reconocimiento de los correos electrónicos, y por qué tuvo que subir el tono en el intercambio de los mismos. Mediante este interrogatorio podremos proporcionar indicios que ayuden a convencer al órgano jurisdiccional que la medida se adoptó con la finalidad de beneficiar a Sigaar, sociedad donde el señor Fox también es administrador, y perjudicar a Greed Group.

En cuarto lugar, proponemos aportar el informe financiero realizado por Pufosa Asesores Financieros, con la finalidad de demostrar que Habanera se genera recursos regularmente y

presenta ratios financieros positivos, dado que al ser Habanera la sociedad filial de Newco, esta última recibe de la primera los beneficios que genera. Con ello, quedaría demostrado que Newco no requiere de financiación adicional, y ello demostrará la falta de necesidad razonable que el párrafo segundo del artículo 204.1 LSC exige como uno de los requisitos para la impugnación de acuerdos sociales considerados acuerdos abusivos. Conjunto a este informe, proponemos aportar el informe de experto independiente sobre la valoración de bienes no dinerarios aportados que arroja un resultado similar al informe de Pufosa Asesores Financieros. Gracias a este segundo informe proporcionaremos mayor solidez al contenido del informe de Pufosa Asesores Financiero.

1.5.1) Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar

En la reunión realizada por los representantes de Sigaar y Greed Group en Miami Beach Sigaar utilizó un informe de situación financiera elaborado por su departamento interno de contabilidad, en el que se calculaba un EBITDA de Habanera corregido para el ejercicio de 2019 de 771.460 euros. Este documento ante los órganos jurisdiccionales tendrá la consideración de documento privado, al haber sido elaborado por la misma parte litigante con la finalidad de demostrar hechos que fundamentan su pretensión, y no será considerado como un dictamen pericial dado que ello pueda ser así el informe debe ser elaborado por un tercero objetivo e imparcial, ajeno a las partes.

El documento privado se recoge en el artículo 299 LEC y el artículo 324 LEC lo define, como aquellos documentos que no estén comprendidos en los supuestos establecidos por el artículo 317 LEC, por tanto, la Ley lo define en contraposición al documento público pudiendo definirse a grandes rasgos como aquel documento que se forma sin intervención de notario o funcionario público competente bajo las solemnidades legalmente establecidas. Desde el punto de vista de su contenido, el documento privado es la representación de un hecho sobre un papel u objeto similar, capaz de recoger un pensamiento humano o un hecho. El artículo 326 LEC dispone que este tipo de documento harán plena prueba de aquello que represente su contenido, en los términos del artículo 319 LEC y siempre que no se impugne su autenticidad.

En virtud de lo anteriormente expuesto, con la finalidad de desvirtuar el convencimiento que puede suponer para el órgano jurisdiccional la aportación del informe de situación financiera elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar, contamos con los informes de Pufosa Auditores Financieros y el informe del experto independiente que valoró las aportaciones dinerarias al momento de constitución de Newco que arroja un resultado similar al informe de Pufosa Asesores Financieros. El hecho de que no impugnemos la autenticidad del documento privado, es decir, la autoría del informe, según prevé el artículo 326 LEC, hará plena prueba de su autenticidad formal, pero ello no supone la conformidad con su contenido.

2) Cuestiones materiales

2.1) Formulación de los fundamentos jurídicos y el objeto del debate en el procedimiento judicial

Al lado de las cuestiones procesales o requisitos formales, se encuentran las cuestiones materiales o requisitos de fondo, estos son inherentes a la pretensión deducida por el actor, el contenido de la pretensión esta compuesta por la petición, las partes y la causa de pedir. Al individualizar los elementos de nuestra pretensión, en cuanto a la fundamentación correspondiente a los requisitos formales de las partes nos remitimos al desarrollo expuesto con anterioridad en la cuestión procesal 1.3 relativa a la legitimación activa y pasiva. La vertiente material o de fondo en relación a las partes se materializa a través de la actuación del actor o demandante al poner en marcha la actividad jurisdiccional, haciendo valer en nuestro caso la relación jurídico-material que vincula a Greed Group con Newco, al tener Greed Group la condición de socio en la sociedad anónima Newco.

La petición es una cuestión material objetiva, que forma parte esencial de los elementos configuradores de la pretensión, se concreta en el suplico de la demanda y determina el contenido sustancial de la pretensión. En nuestro caso, deduciremos ante el órgano jurisdiccional una pretensión constitutiva de anulación, solicitando en el suplico de la demanda la anulación del acuerdo social por ser contrario al interés social.

El tercer elemento que configura la pretensión es la causa de pedir, se encuentra integrada por la fundamentación fáctica, es decir, el supuesto de hecho de la norma jurídica aplicable, materializada en este supuesto por la adopción, en el seno de la Junta General Extraordinaria de Newco, de un acuerdo de aumento de capital lesivo al interés social al ser impuesto abusivamente por la mayoría, y por la fundamentación jurídica, siendo la norma aplicable a nuestro supuesto el segundo párrafo del artículo 204.1 LSC.

Por tanto, una vez expuestos los antecedentes de hecho en la demanda, nuestra argumentación inicia con la invocación del artículo 204.1 LSC, artículo que prevé la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales. A través de esta figura la ley garantiza un control judicial de los acuerdos sociales al juzgar sobre su adecuación al régimen legal, a las normas imperativas del tipo social y a las normas incluidas en los estatutos sociales. Por ello, esta acción constituye el principal medio de defensa de los socios minoritarios, ya que, mediante la impugnación de los acuerdos sociales, estos pueden combatir los eventuales acuerdos impuestos por los mayoritarios en su beneficio y en perjuicio del interés de la sociedad y de los demás socios.

Como se explicó en la sección sobre las cuestiones procesales y como un breve inciso en relación al plazo que disponemos para ejercitar la acción, nuestro supuesto nos encamina a solicitar la anulación del acuerdo social, dado que no es un supuesto nulidad por no ser un acuerdo social contrario al orden público. Por ello, resulta de aplicación el plazo de caducidad

de un año a contar desde la fecha de adopción del acuerdo en junta de socios del artículo 205.1 LSC, es decir, la acción caduca el 26 de abril de 2021.

Retomando el análisis concerniente a la base jurídica que sustenta las pretensiones que aduciremos en nuestro escrito de demanda, debemos analizar la configuración del precepto con la finalidad de esgrimir los argumentos que permitan la estimación de nuestras peticiones. Por tanto, el artículo 204.1 LSC establece que:

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

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”.

En vista de ello, cabe impugnar acuerdos que contravengan una regla de carácter imperativo de la LSC o cualquier norma jurídica que sea vinculante para la sociedad o cualquier norma incluida en los estatutos sociales; así pues, la impugnación puede basarse en la ilicitud de su contenido o por no seguir el procedimiento adecuado para su adopción, es decir, por incumplir con los aspectos formales exigidos para la adopción del acuerdo.

Con igual importancia, el precepto destaca la posibilidad de impugnar los acuerdos que, sin contravenir propiamente la Ley o los estatutos sociales, lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La finalidad de esta causa de impugnación es poder controlar las actuaciones abusivas o desleales de los socios mayoritarios que utilicen su posición en el capital social para adoptar acuerdos en su propio interés, que benefician al socio mayoritario directa o indirectamente, y su adopción conlleva el menoscabo del interés de la sociedad ⁽³⁾. Es en este momento que se adhiere a la argumentación el párrafo segundo del artículo 204.1 LSC, precepto que abre la posibilidad para sostener que existe lesión al interés social cuando el acuerdo, aun sin causar daño alguno al patrimonio social, se imponga de forma abusiva por la mayoría, lo que legalmente se presume cuando no existe una necesidad razonable de la sociedad y se adopta en interés propio y en detrimento injustificado de los restante socios.

Es bajo este último supuesto debemos subsumir el acuerdo de aumento de capital social con cargo a compensación de créditos adoptado en la Junta General Extraordinaria de Newco de 27 de abril de 2020, sosteniendo que es un claro ejemplo de acuerdo abusivo porque el aumento de capital no responde a una necesidad real de financiación de Newco, sino que, tras un análisis de las circunstancias concurrentes en el supuesto, el acuerdo de aumento de capital social

³ Por ejemplo, imponer acuerdos sociales en los que la sociedad asume gastos personales del socio mayoritario o acuerda vender activos a otra sociedad vinculada a los demás socios mayoritarios. En estos ejemplos parece claro el uso abusivo del derecho de voto y el correlativo perjuicio patrimonial para la sociedad.

únicamente persigue la dilución injustificada de la posición del socio minoritario en el capital social.

Una vez perfilados los términos del debate que hemos de sostener en el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, a continuación, expondremos consideraciones relevantes sobre la situación jurídica de las partes y los argumentos encaminados a convencer al órgano jurisdiccional sobre la aplicación del precepto a nuestro supuesto de hecho, de forma que lo considere contrario al interés social y dicte sentencia anulando dicho acuerdo.

2.2) Valoración de la *Joint Venture*.

En primer lugar, hemos de partir del acuerdo de *Joint Venture* o de sociedad/empresa conjunta debido a que es el negocio jurídico que da lugar a la constitución de Newco y constituye el fundamento de la distribución del capital social en una proporción distribuida en el 75% para Sigaar y el 25% para Greed Group. Al tener en cuenta este contrato podremos aportar indicios sobre la actuación contraria a la buena fe llevada a cabo por el señor Fox al buscar desvirtuar los términos acordados mediante la ampliación de capital.

Dentro de las estructuras de inversión más extendidas a nivel internacional se encuentran las denominadas *Joint Venture* o sociedad/empresa conjunta, configuradas normalmente entre un inversor extranjero y un socio local, siendo una cooperación entre empresas que gozan de autonomía, tanto jurídica como económica, bien mediante la constitución de una empresa común con personalidad jurídica propia, pero controlada por las empresas que la crean, o bien sea a través de la forma de un contrato, con el fin de llevar a cabo, conjuntamente, una obra o un servicio, duradero o provisional en el tiempo, dotándole de apoyo técnico, financiero, humano o comercial de sus propias empresas.

Conforme a lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que existe *joint venture* cuando dos socios deciden, *ex novo*, emprender conjuntamente un determinado negocio, como también cuando uno o varios socios se suman a la participación en un negocio ya existente, asentándose en una figura contractual que no implique la constitución de una entidad jurídica autónoma independiente de la de los socios.

Las partes de una *joint venture* pueden decidir configurar el acuerdo de sociedad/empresa conjunta (*joint venture agreement*) como el documento o instrumento contractual que sirva para regular todas las relaciones entre los participantes del negocio conjunto, configurando el reglamento que rige internamente a las funciones y actividades de la *joint venture*, con independencia de las normas jurídicas imperativas que regularán los derechos y obligaciones de la sociedad conjunta, cuando esta se constituya con personalidad jurídica propia, y de los socios de la misma. En este sentido, en caso de que las esferas jurídicas de los socios y los activos o el desarrollo de la actividad conjunta estén sometidos a una pluralidad de jurisdicciones, el acuerdo de *joint venture* tendrá que contemplar los aspectos derivados de dicho carácter plurinacional.

Siguiendo esta línea, sobre el carácter internacional que ha de tener en cuenta el acuerdo de *joint venture*, existen determinados aspectos de la legislación del origen de la inversión, en nuestro caso de la legislación holandesa, que habrán de convivir dentro del acuerdo de *joint venture* con aspectos de la legislación del país de destino de la inversión, en este caso la legislación española. Por tanto, resulta conveniente configurar el acuerdo de *joint venture* de forma que los intereses del socio inversor puedan verse protegidos ante actuaciones de las autoridades del país de destino de la inversión, cabiendo la posibilidad de que el socio local, Greed Group, se obligue ante su socio extranjero, Sigaar, para llevar a cabo acciones legales cuando los intereses del inversor exterior se vean afectados por dichas actuaciones. No obstante, dicha condición no se refleja en el enunciado facilitado para la realización de este informe.

Para concluir sobre la valoración de la figura de *joint venture*, resulta relevante mencionar que el acuerdo de *joint venture* puede ser una fuente de otros contratos, siendo el *joint venture agreement* el contrato principal y, los originados a raíz de este, los contratos accesorios, abriendo la posibilidad de que los socios prevean en el contrato principal la necesidad de concluir otros contratos conexos al mismo, entre sí o con terceros, con la finalidad de desarrollar el negocio conjunto objeto del acuerdo de *joint venture*.

Por lo tanto, atendiendo a nuestro supuesto, Sigaar y Greed Group celebran un acuerdo para constituir *ex novo* una sociedad conjunta, denominada Newco, S.A. y domiciliada en Barcelona, España, sujeta a derecho español, con la finalidad de emprender conjuntamente un negocio, específicamente ostenta el capital social de Habanera, S.A., constituyéndose en definitiva en su sociedad matriz, es decir, la sociedad Habanera, S.A. pasa a ser la sociedad filial de la *joint venture* Newco, S.A. Adicionalmente, las partes del acuerdo pactaron que la distribución del capital social sería en una proporción 75-25, de forma que Sigaar ostenta el 75% y Greed Group el 25%, y el señor Fox, como administrador único de Newco, al proponer aumentar el capital social con cargo a compensación de créditos esta vulnerando dicho pacto.

Tener en cuenta este contrato y alegar el incumplimiento de la proporción acordada es un argumento encaminado a demostrar al órgano jurisdiccional que la actuación del señor Fox es contraria a la buena fe al tener pleno conocimiento de las obligaciones que asumió Sigaar al constituir la *joint venture* conjunto a Greed Group.

2.3) Aspectos societarios intragrupo

Como resultado del acuerdo de *joint venture*, el capital social de Newco está compuesto por todas las acciones de Habanera, aportadas a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo, según disposición del artículo 60 LSC. Por tanto, todas las acciones de Habanera aportadas por Sigaar y por Greed Group pasan a ser propiedad de Newco, al ser las aportaciones hechas a título de propiedad.

En consecuencia, es relevante atender a los requisitos previstos por el artículo 42 del CCom.⁽⁴⁾ para considerar la existencia de un grupo de sociedad, porque ello obliga a la sociedad dominante de un grupo a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidado en la forma prevista por el CCom. Y, hemos de advertir que según este precepto existe un grupo societario cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Por ello, al ser propietario del 100% del capital social de Habanera, se ha de considerar que Newco ostenta un control directo sobre Habanera.

No obstante, el análisis no termina aquí, sino que al tener en cuenta que Sigaar controla directamente a Newco, al poseer la mayoría de los derechos de voto, de conformidad con la presunción expuesta en este precepto, Sigaar se considera su sociedad dominante, pero también se considera la sociedad dominante de Habanera al ostentar un control indirecto de esta mediante el control directo que ostenta sobre Newco. Por lo tanto, a los efectos del artículo 42 CCom. Sigaar es la sociedad dominante de Newco y de Habanera.

2.4) Opresión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente

En cuanto al precepto que sirve de base jurídica para nuestras pretensiones, debemos desarrollar su contenido para así conocer sus requisitos y argumentar de cara a demostrar la concurrencia de los mismos. Entonces, en relación con esta nueva causa de impugnación, con anterioridad a la última reforma, quienes pretendían impugnar un acuerdo social que había sido adoptado mediante el ejercicio abusivo del derecho de voto de la mayoría, al ver su posición societaria perjudicada a raíz de dicho acuerdo, solo podían acudir a dos vías para ello. La primera vía era alegar el perjuicio al interés social, con la especial dificultad que conlleva identificar el perjuicio al interés social con el perjuicio a los socios minoritarios. La segunda vía estaba planteada para los casos de acuerdos abusivos adoptados por la mayoría con ausencia de lesión social, acudiendo a la figura del abuso de derecho, consagrada en el artículo 7.2 CC, para solicitar la nulidad del acuerdo ante los órganos jurisdiccionales, alternativa que con

⁴ El precepto establece que se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

regularidad resultaba infructuosa habida cuenta de que la apreciación de abuso de derecho se reserva para los casos particularmente graves, donde los requisitos generales para la configuración del abuso de derecho eran palmarios.

Tras la reforma incluida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, la situación ha cambiado y para determinar los acuerdos sociales impugnables nos encontramos con la nueva redacción del artículo 204.1 LSC, el cual en su primer párrafo establece como categoría general de acuerdo social impugnabile, aquellos acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros. Seguidamente, en su segundo párrafo incorpora una subcategoría de acuerdo lesivo para el interés social, que, siguiendo la dicción legal, podemos denominar acuerdo abusivo.

De lo anteriormente expuesto cabe deducir que, atendiendo a la redacción literal del párrafo primero del artículo 204.1 LSC, la categoría general de acuerdo impugnabile por lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o de un tercero, tiene como finalidad la protección del interés social frente a conductas infractoras del mismo cometidas por los socios. En relación a la subcategoría prevista en el segundo párrafo, al atender a los elementos que configuran su dicción legal, cabe deducir que la finalidad que persigue es la posibilidad de impugnar aquellos acuerdos que, aunque estrictamente no supongan un menoscabo del interés social, se consideran lesivos para el interés social por haber sido impuestos de forma abusiva por la mayoría al adoptarlos en detrimento injustificado de los demás socios.

En síntesis, a consecuencia de la modificación introducida la Ley 31/2014, se incluye en el artículo 204 LSC un nuevo supuesto de impugnación de acuerdos sociales, aquellos acuerdos sociales que, al ser impuestos abusivamente por la mayoría, se consideran lesivos al interés social. Por consiguiente, en la vigente redacción del precepto queda enmarcado el paralelismo entre la impugnación de acuerdos lesivos al interés social, artículo 204.1 primer párrafo LSC, como tipo general de acuerdo social impugnabile y la impugnación de acuerdos que, aun no causando daño al patrimonio social, lesionan el interés social por haber sido impuestos de forma abusiva por parte de la mayoría, que constituye una subcategoría del tipo general de acuerdo social impugnabile (⁵).

⁵ La conclusión anterior es refrendada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 3 de julio de 2020 (EDJ 2020/637123) al afirmar que: *“A este respecto, debe atenderse a la regulación prevista en el artº 204 T.R.L.S.C, que establece un doble régimen de impugnación distinguiendo entre 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 (numero 1); y la previsión que se contiene en el segundo de los numerales del precepto, que establece 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. Según la definición legal, el acuerdo abusivo se producirá cuando se adopte 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”.*

Sumado a lo anterior, debemos recalcar que el principio de buena fe impregna el ordenamiento jurídico-privado, según se desprende de los artículos 7.1 y 1258 CC, estando presente incluso en las actuaciones que forman parte de la contratación mercantil, por disposición del artículo 57 del Código de Comercio (en adelante CCom), y dado que la sociedad es un contrato, artículo 1665 CC, al analizar el contenido del precepto que sirve de base jurídica para solicitar la impugnación de acuerdos sociales, las exigencias de la buena fe, al ser un principio informador del ordenamiento jurídico, han de estar presentes al valorar las actuales y potenciales conductas de los socios en sus relaciones societarias con sus consocios y frente a la sociedad que puedan conllevar el menoscabo del interés social.

En este sentido, el estándar de actuación conforme a la buena fe se desprende del primer párrafo del artículo 204.1 LSC al manifestar, implícitamente, que los socios vienen sujetos por las exigencias de la buena fe a omitir conductas que en beneficio propio o de varios socios o de terceros lesionen el interés social. Dicho estándar se extiende a la mayoría al tener en cuenta la redacción del segundo párrafo, y se concreta en la exigencia a la mayoría de omitir conductas que, en interés propio, supongan un detrimento injustificado de los intereses de los demás socios que no conforman la mayoría.

Por lo tanto, y ciñéndonos a la norma que sirve de fundamentación jurídica de las pretensiones de Greed Group, al analizar el segundo párrafo del artículo 204.1 LSC, el elemento clave desprendido del precepto para definir si un acuerdo es o no “abusivo” y, en consecuencia, contrario al interés social, es la determinación de la necesidad razonable de la sociedad que, paralelamente, justifica la adopción de un acuerdo social en detrimento de la minoría social.

Es por ello que para que nuestras pretensiones prosperen ante el órgano jurisdiccional, debemos enfocar la argumentación de cara a dar razones que demuestren que el acuerdo de aumento de capital ha sido adoptado en interés de la mayoría y no responde a una necesidad razonable de Newco y que, en todo caso, supone un perjuicio injustificado para los demás socios. Con la finalidad de aportar solidez a lo anteriormente propuesto, cabe citar el fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Granada, de 16 de febrero de 2015 ⁽⁶⁾ dado que enumera los requisitos que han de concurrir de la siguiente forma:

- 1) Demostrar que el acuerdo no obedece a una necesidad razonable de la sociedad.
- 2) Existe una mayoría que adopta el acuerdo en interés propio y por tanto una minoría que discrepa.
- 3) Existe un detrimento injustificado de los demás socios ⁽⁷⁾.

⁶ (JUR 2015\61289).

⁷ Añade la sentencia que: “Este detrimento no ha sido desarrollado por el legislador pero se conecta con la lesión del interés social (aún sin carácter patrimonial) que a su vez produce un favorecimiento del interés propio de quienes lo adoptan con una minoría que discrepa y que ve lesionado su propio interés”.

A la vista de las exigencias del precepto planteadas de esta manera, la ausencia de necesidad razonable a la que responde el acuerdo y el carácter injustificado del perjuicio de los demás socios constituyen elementos clave para determinar el carácter abusivo del acuerdo, y la dificultad de su determinación radica en que son conceptos jurídicos indeterminados. El otro requisito que ha de concurrir se determina apreciando la existencia de un interés propio de la mayoría, cuestión que suele quedar demostrada al establecer la relación causal entre el beneficio obtenido por la mayoría y la lesión para el interés social, y en vista de que nos encontramos bajo el supuesto de acuerdo abusivo, debemos establecer el nexo causal entre el detrimento injustificado de los intereses demás socios con la ventaja obtenida por la mayoría.

2.4.1) Análisis del primer requisito ausencia de necesidad razonable.

Como hemos de advertido con anterioridad, la formulación presentada por la norma sobre los requisitos que han de concurrir denota el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, el primero de ellos es la *necesidad razonable* de la sociedad. Ello dificulta la posibilidad de establecer principios generales aplicables a todos los casos que permitan conocer de antemano cuál es la *necesidad razonable* que motiva la adopción del acuerdo. Por consiguiente, sostenemos que el concepto de necesidad razonable variará dependiendo de cada caso.

No obstante, el ordenamiento jurídico dispone de figuras jurídicas que permiten acotar el control jurisdiccional al momento de valorar qué ha de entenderse por necesidad razonable de la sociedad, como ocurre con la regla de protección de la discrecionalidad empresarial, prevista por el artículo 226 LSC ⁽⁸⁾. Es decir, si el órgano jurisdiccional al valorar la necesidad razonable que lleva a la adopción del acuerdo enjuiciado detecta que el contenido de la misma proviene de decisiones empresariales estratégicas y de negocios, entonces, actuará con cautela y no invadirá el ámbito de competencias propio del órgano soberano de la sociedad ⁽⁹⁾. En consecuencia, si el órgano jurisdiccional considera que el acuerdo se adoptó bajo la asunción

⁸ Advertimos que la principal finalidad que esta regla persigue versa sobre el deber de diligencia de los administradores sociales y pretende crear un ámbito de discrecionalidad empresarial libre de las posibles valoraciones judiciales. No obstante, si tenemos en cuenta su finalidad, resulta lógico sostener que las decisiones tomadas bajo la concurrencia de los requisitos previstos por el artículo 226 LSC son decisiones que persiguen satisfacer las necesidades razonables de la sociedad.

⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 (núm. 991/2012 ; RJ 2012/4981) clarifica, en relación a la discrecionalidad sobre las decisiones empresariales, que : *“Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983 (RJ 1983, 4212) , aquel “escapa por entero al control de la Jurisdicción”. Pese a lo cual, como sostuvimos en la sentencia 569/2010, de 6 de octubre (RJ 2010, 7313) , la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna, justifica que dentro de ciertos límites el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, pero como precisa la 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007, 1788) “ siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales”.*

de consideraciones empresariales razonables propias del ámbito de discreción empresarial, estimará que el acuerdo responde a una necesidad razonable de la sociedad y, por consiguiente, entenderá que el acuerdo no lesiona el interés social.

Por lo tanto, un primer criterio para obtener indicios sobre la existencia de una necesidad razonable será circunscribir las motivaciones que llevaron a la adopción del acuerdo enjuiciado dentro de las decisiones tomadas al amparo de la discrecionalidad empresarial, siempre y cuando concurran los requisitos establecidos por el artículo 226 LSC.

En nuestro supuesto, podremos afirmar ante el órgano jurisdiccional que no concurre el requisito de buena fe dado que, como demostraremos en juicio sirviéndonos de los correos electrónicos aportados como prueba electrónica y de los interrogatorios de parte, existe una contienda personal entre el señor Fox y el señor Gekko tras las reclamaciones llevadas a cabo durante la reunión en Miami Beach. Por consiguiente, en vista de los mensajes subidos de tono enviados por el señor Fox, resulta manifiesto que persigue perjudicar al señor Gekko y a Greed Group por no atender las reclamaciones que Sigaar expresó en aquella reunión, proponiendo aumentar el capital social con cargo a compensación de créditos de Sigaar, de esta forma Greed Group verá diluida su posición en el capital social de Newco sin poder reaccionar en contra. Por lo tanto, tras la actividad probatoria que proponemos, consideramos que el órgano jurisdiccional al valorar sobre la abusividad del acuerdo difícilmente lo integrará dentro de una decisión estratégica empresarial tomada por Newco al demostrarle que no concurre el requisito de actuación del administrador conforme a la buena fe.

Entrando en el desarrollo de este requisito, si atendemos a las valoraciones que implica desentrañar qué es una necesidad razonable de la sociedad y conforme a los términos en que el legislador define este requisito y lo posiciona con anterioridad al resto, sostenemos que apreciar la ausencia de una necesidad razonable de la sociedad supone el primer estadio a analizar para aplicar el precepto. Ello supone que, únicamente tras detectar la ausencia de necesidad razonable para adoptar el acuerdo, podemos entrar a valorar la concurrencia de los demás requisitos. Por lo tanto, demostrar la ausencia de necesidad razonable se configura como un presupuesto necesario para poder apreciar la existencia de los demás requisitos.

Al observar los términos en que se encuentra planteado este requisito, el control judicial encomendado al órgano jurisdiccional consistirá en un reexamen de la valoración efectuada por la sociedad, concretamente, la valoración sobre la necesidad razonable de la sociedad efectuada por la mayoría al adoptar el acuerdo. Como se indicó con anterioridad al mencionar la regla de discreción empresarial, una de las cuestiones relevantes que plantean este tipo de valoraciones es la delimitación del control judicial, de tal forma que el órgano jurisdiccional emitirá su juicio evitando invadir indebidamente la esfera de decisión atribuida por el ordenamiento jurídico a la sociedad ⁽¹⁰⁾.

¹⁰ Así lo manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2012 (ROJ SAP M 21004/2012) en su fundamento de derecho tercero: *“Reconocemos que el mecanismo de impugnación de los acuerdos sociales no puede conducir a la suplantación por parte del juez de la figura del empresario en la*

Consideramos que resulta primordial para nuestro análisis partir del artículo 3.1 CC, el cual nos ofrece las reglas sobre interpretación de las normas jurídicas, disponiendo como primer criterio que las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras. El requisito emplea la palabra *necesidad*, dicho término según el Diccionario de la Real Academia Española presenta varias acepciones, pudiendo entenderse como “*carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida*” o “*aquello de lo que es imposible sustraerse*” o “*peligro o riesgo ante el cual se insta auxilio*”. Por lo tanto, podemos afirmar que la *necesidad* a la que se refiere el precepto se satisface cuando el acuerdo adoptado es requerido para la defensa y conservación del interés social a través del desarrollo del objeto social.

Continuando con el análisis del sentido de las palabras que componen los términos del primer requisito, el precepto presenta la oración “sin que *responda* a una necesidad razonable”, por tanto, no exige solamente que el acuerdo adoptado venga requerido para la defensa y conservación del interés social, es necesario que dicha actuación sea una respuesta o una reacción encaminada a colmar dicha carencia de la sociedad.

El análisis prosigue con el término *razonable*, y siguiendo lo expuesto por el Diccionario de la Real Academia Española, podemos definirlo como algo “*adecuado, conforme a razón*” o “*proporcionado o no exagerado*”. Al combinar los significados de los términos ahora analizados, afirmamos que, a los efectos de valorar si el acuerdo ha sido impuesto de forma abusiva, la frase expuesta en el precepto “*sin responder a una necesidad razonable*” ha de ser interpretada de forma que el acuerdo constituye una respuesta razonable, en el sentido de adecuada y proporcionada, para satisfacer la necesidad detectada por la sociedad ⁽¹¹⁾.

Es decir, para aplicar al supuesto este último término, una vez que la *carencia* de la sociedad es detectada, hay que considerar si la adopción del acuerdo es *razonable* valorando de forma global las consecuencias que se derivan del acuerdo en su conjunto, siendo *razonable* si el resultado de la valoración arroja que los beneficios para la sociedad son proporcionales a los perjuicios para la minoría. Por el contrario, el acuerdo no podrá considerarse *razonable* si existiendo otras vías similares que generan una satisfacción igual de óptima ante dicha necesidad, se ha elegido aquella que causa un mayor detrimento en los demás socios, porque

adopción de sus particulares decisiones estratégicas. El órgano judicial no está llamado a fiscalizar el acierto económico de las decisiones empresariales ni a dictaminar lo que en cada momento hubiera de resultar conveniente para la sociedad”.

¹¹ Sin perjuicio de que la formulación del párrafo segundo del artículo 204.1 utilice “razonable” como el adjetivo calificativo de “necesidad”, carece de sentido referirse a una necesidad “razonable” si por tal, siguiendo las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española, se entiende algo “adecuado o proporcionado”. Aunque podamos afirmar que las necesidades pueden ser reales, potenciales, específicas o concretas, es poco preciso referirse a una necesidad que es “razonable”. Por lo tanto, la formulación del precepto a nuestros efectos tiene mayor sentido si interpretamos que el acuerdo constituye una respuesta “razonable”, en el sentido de adecuada y proporcionada, para satisfacer la necesidad detectada de la sociedad.

al haber elegido esta vía el acuerdo deja de ser *proporcionado*, característica inherente al término *razonable*.

Así pues, para valorar si el acuerdo responde a una necesidad razonable de la sociedad el juzgador deberá llevar a cabo un juicio de necesidad ⁽¹²⁾, de forma que pueda identificar la existencia o ausencia de necesidad razonable. La determinación de inexistencia de necesidad razonable, como se recalcó con anterioridad, es un presupuesto necesario que antecede el análisis de los demás requisitos, de forma que si mediante el juicio de necesidad se determina la ausencia de una necesidad razonable que motive la adopción del acuerdo impugnado, el análisis de los siguientes requisitos prosigue ⁽¹³⁾.

Dicho juicio de necesidad se compone de dos fases, la primera consiste en dilucidar si existe o no una necesidad de la sociedad y, en caso de verificar su existencia, el segundo paso será valorar si la respuesta dirigida a colmar dicha carencia es proporcionada y adecuada atendiendo a las circunstancias concurrentes. En caso de respuesta afirmativa a las dos fases, no deben existir dudas en que la respuesta a la necesidad de la sociedad es razonable y, por lo tanto, el acuerdo no puede considerarse abusivo.

En conclusión, teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, en nuestro escrito de demanda la argumentación irá encaminada a convencer al órgano jurisdiccional que el acuerdo de aumento de capital es impuesto por abuso de la mayoría porque no responde razonablemente a una necesidad real de financiación Newco, dado que se encuentra en una situación económico-financiera estable, porque su objeto social consiste en ostentar las acciones de Habanera que conforman su capital social, actividad que no requiere para su desarrollo la obtención continua de financiación. También, partiendo del contenido probatorio de los correos electrónicos cruzados entre el señor Fox y el señor Gekko, demostraremos que el aumento de capital no responde a una necesidad objetiva de financiación de Newco, sino que responde a una retaliación por parte de Sigaar contra Greed Group al pretender diluir su posición en el accionariado por haber rechazado las reclamaciones hechas en la reunión de Miami Beach,

¹² Los juicios de necesidad y de conveniencia utilizados en este trabajo para la interpretación de la causa de impugnación de acuerdos sociales estudiada son elaboración de Gallego Córcoles, A. (2018). *Revista de Derecho Mercantil* núm. 308/2018. Editorial Civitas, S.A. Aranzadi., quien basa sus argumentos en la doctrina alemana de los años 70 y 80, consistentes en determinar si la lesión a la minoría es realmente *necesaria* o, de no serlo, si es adecuada o proporcionada en atención al interés social y al interés de los socios minoritarios.

¹³ Así se desprende del razonamiento expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de San Sebastián de 1 de febrero de 2016 (JUR 2016\86817) que, tras enunciar los requisitos exigidos por el segundo párrafo del artículo 204.1 LSC, menciona que una vez detectada la necesidad razonable, queda excluido la abusividad del acuerdo: “A tal respecto, tal como se desprende del folio 4 de la demanda, existe conflictividad respecto a los gastos de limpieza, mantenimiento, etc. del local llamado denominado comedor de la planta terraza, por lo cual puede considerarse que una regulación de tal cuestión por la Junta para que cese esa conflictividad se puede considerar que responde a una necesidad razonable de la sociedad, lo que excluiría ya por sí una abusividad en el hecho de que el nuevo reglamento tenga una regulación diferente o mas concreta de lo que son gastos privativos y comunes”.

evidenciando la mala fe y el comportamiento abusivo de la mayoría al acudir al aumento de capital bajo esta modalidad.

Además, Habanera al ser una sociedad filial de Newco, al desempeñar su actividad empresarial genera fondos propios que, de forma legítima y planificada, son destinados a la gestión de Newco. Por tanto, resulta arduo de apreciar la existencia de una necesidad de financiación de Newco que requiera de los socios aumentar capital con cargo a compensación de créditos como una respuesta razonable para colmar dicha necesidad.

Sin embargo, subsidiariamente argumentaremos que en el hipotético caso de considerar que Newco carece de la financiación adecuada para llevar a cabo su actividad empresarial y, por tanto, se adoptó el acuerdo de aumento de capital en respuesta de dicha necesidad, sostendremos que el acuerdo no responde razonablemente a dicha necesidad dado que dentro de las opciones que el ordenamiento jurídico dispone para que la sociedad obtenga financiación a cargo de fondos propios, el administrador único elige la modalidad de aumento que menor solidez ofrece a la sociedad ante un hipotético concurso de acreedores y, coincidentemente, elige una modalidad que excluye la participación de los demás socios, al acudir a la compensación de créditos con Sigaar, teniendo la posibilidad de acudir a un aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias, de forma que Greed Group pudiese ejercer su derecho a la suscripción preferente y no ver diluida su posición en el capital social. Por tanto, mantendremos que el acuerdo sigue siendo abusivo dado que no responde razonablemente a la necesidad de la sociedad ⁽¹⁴⁾.

2.4.2) Acuerdo impuesto por la mayoría en interés propio

El párrafo segundo del artículo 204.1 LSC emplea el término *interés propio*, por tanto, para que concurra este requisito será necesario esgrimir argumentos suficientes que permitan advertir si quien votó favorablemente la adopción del acuerdo impugnado obtuvo con ello un beneficio o satisfizo un interés propio o personal.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ⁽¹⁵⁾ el requisito de interés o beneficio propio ha de entenderse como la obtención de una ventaja tanto en sentido económico como

¹⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 destaca como acuerdos impuestos abusivamente por la mayoría aquellos acuerdos de la mayoría que no persiguen *razonablemente* el interés social. En su fundamento de derecho segundo establece que: “*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*”.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991/1512); de 27 de octubre de 1997 (núm. 928/1997; RJ 7617); de 18 de septiembre de 1998 (núm. 825/1998; RJ 1998/6545); y la anteriormente citada de 17 de enero de 2012.

desde una perspectiva de carácter político-social o profesional. Así, la Sentencia del 17 de enero de 2012, en relación al beneficio de uno o varios de los socios o terceros establece que:

“La norma exige que se constate la desviación del poder de decisión de la mayoría, de tal forma que se pueda identificar que el acuerdo lesivo para los intereses de la sociedad lo es en beneficio de alguno o varios socios -en este sentido la sentencia de 12 de julio de 1983 (RJ 1983, 4212) , apunta a que es precisamente la discriminación entre los socios lo que constituye el supuesto legal de la impugnación- o de terceros, en el bien entendido de que, como sostiene la sentencia de 19 febrero de 1991 (RJ 1991, 1512) , reiterada en la 1086/2002 , de 18 de noviembre (RJ 2002, 9768) que "el requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional".

Atendiendo a nuestro supuesto, para demostrar la concurrencia de este requisito será preciso identificar en el escrito de demanda las ventajas, tanto económicas como políticas, que Sigaar obtiene del acuerdo de aumento de capital con cargo a compensación a créditos y que, correlativamente, dichas ventajas suponen un detrimento injustificado para los demás socios.

Adicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al exponer su análisis sobre este requisito, no hace mención alguna sobre la necesidad de demostrar la intencionalidad sobre la materialización del interés propio satisfecho, sin embargo, sí exige a quien pretende impugnar acuerdos sociales el establecimiento del nexo causal entre la lesión al interés social, y por extensión en este supuesto al interés de los demás socios, y el beneficio o ventaja obtenida. Así, la sentencia de 18 de septiembre de 1998 ⁽¹⁶⁾, en relación a la impugnación de acuerdos sociales establece que debe concurrir:

“...primero, la lesión al interés social que , como dice la Sentencia de 19 febrero 1991 (RJ 1991\1512) , «no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social »; segundo, el beneficio de uno o varios accionistas o de un tercero; tercero, nexo causal entre la lesión del interés social y el beneficio indicado . Tales presupuestos deben ser probados”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991 ⁽¹⁷⁾ en relación a este requisito manifiesta que:

“El requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja

¹⁶ En este caso se juzgó sobre la base de la causa de impugnación del primer apartado del artículo 204.1 LSC, no obstante, al tener en cuenta que la causa de impugnación sobre la cual se basa nuestra pretensión es una subcategoría de la primera, al no existir parámetros legales que permitan sostener lo contrario, cabe aseverar que las exigencias previstas por la jurisprudencia para la categoría general son aplicables a la subcategoría.

¹⁷ (RJ 1991\1512).

de carácter político-social o profesional: exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta; debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio -sentencias de 23-6-1962 (RJ 1962\3021); 23-11-1970 (RJ 1970\4885); 4-3-1967 (RJ 1967\1349); 11-5-1968 (RJ 1968\4538)-”.

Por lo tanto, si podemos establecer el interés propio de la mayoría mediante criterios objetivos, tras observar que la jurisprudencia no desentraña el aspecto subjetivo sobre la obtención del beneficio para acreditar la existencia del interés que la mayoría persigue satisfacer, será necesario demostrar que la ampliación de capital posicionará a Sigaar en una situación más ventajosa desde el punto de vista económico porque, según el artículo 275 LSC, el reparto de beneficios sociales se hace en proporción a la participación en el capital social, cuestión que necesariamente conlleva el correlativo detrimento para Greed Group, quien, al perder su posición en un 20% del capital social, ve aminorada su porción en el reparto de los beneficios sociales. También, se acredita el interés de la mayoría al obtener una ventaja sobre su posición política-social como resultado de la adopción del acuerdo de aumento de capital con cargo a compensación de créditos, dado que Sigaar pasa a ostentar el 95% del capital social, cuestión que prácticamente le permite adoptar cualquier tipo de decisión en Junta General sin que la participación de Greed Group pueda suponer oposición alguna.

Bajo este supuesto, el nexo causal entre la lesión del interés social, abarcando también el interés de los demás socios, y el beneficio para la mayoría se encuentra en el acuerdo. Por tanto, cabe afirmar que el acuerdo es la causa de una ventaja para Sigaar, al aumentar sus derechos políticos y económicos, siendo la misma causa que genera el detrimento de Greed Group, quien ve aminorado su derecho al dividendo y su peso en las votaciones de la junta.

Por lo tanto, el interés propio del socio mayoritario sobre la adopción del acuerdo queda patente al conocer las ventajas económicas y políticas que el acuerdo impugnado causa en la posición de socio de Sigaar a cambio del detrimento del interés de los demás socios.

2.4.3) Existencia de un detrimento injustificado de los demás socios

El tercer requisito ha de ser valorado en términos de justificación del detrimento de los demás socios, entendiendo justificación como conveniencia para el interés social, siendo un ejercicio distinto a la valoración de la necesidad razonable, que se hace en términos de *exigencia* encaminada a colmar una carencia de la sociedad. Sin embargo, la valoración del detrimento injustificado guarda conexión con el análisis de la necesidad razonable, dado que si tras constatar la ausencia de necesidad razonable, o la necesidad existe, pero se advierte que la medida no es razonable, y por tanto no pasa la segunda fase del juicio de necesidad, no será necesario constatar el carácter injustificado del detrimento pues dicho carácter estará determinado por la ausencia de necesidad razonable.

Adicionalmente, en el análisis que el órgano jurisdiccional haga sobre el carácter injustificado del detrimento estará presente la delimitación funcional del control judicial sobre la esfera de

decisión perteneciente a la sociedad, de forma que no tendrá en cuenta aquellos razonamientos que involucren inmiscuirse y suplantar las decisiones que pertenecen de forma exclusiva al ámbito discrecional de los empresarios. Ello quiere decir que existen decisiones propias del ámbito empresarial que justifican el detrimento de las posiciones de algunos socios, y son este tipo de decisiones las que el órgano jurisdiccional se abstendrá de controlar al ser consideraciones empresariales racionales.

Planteadas así las cosas, el análisis de este requisito también pasa por su interpretación literal, disponiendo el Diccionario de la Real Academia Española que *detrimento* significa “*deterioro, daño o perjuicio*”. Dicho deterioro, daño o perjuicio, ha de recaer sobre los intereses legítimos de los demás socios que rechazan el acuerdo que ha de ser enjuiciado. A grandes rasgos, cabe identificar el interés de los demás socios con el poder participar en las ganancias sociales, conservar su peso en cuanto a los derechos políticos y, en general, dicho interés se identifica con no ver afectada negativamente su posición jurídica como socio.

Bajo este segundo juicio, como primera fase del mismo debemos plantear como primer supuesto si cabe apreciar en la mayoría intención de perjudicar o, al menos, un sentimiento de indiferencia respecto de las consecuencias de dicho perjuicio, lo que podemos denominar como abuso por razones subjetivas, donde una vez demostrado el ánimo torticero, fraudulento o abusivo queda claro que el detrimento es injustificado.

Por otro lado, como segundo supuesto de este nivel de análisis, si el acuerdo adoptado, aun siendo prescindible para la conservación del interés social, resulta conveniente para el mismo, entonces, debemos pasar al segundo nivel de análisis consistente en valorar de forma global la adecuación y proporcionalidad de las consecuencias beneficiosas que ese acuerdo, que no es necesario pero sí conveniente, aporta para la sociedad en detrimento de los demás socios.

Por lo tanto, si al realizar el juicio de conveniencia ⁽¹⁸⁾ detectamos en un primer estadio que el acuerdo es abusivo por razones subjetivas, el análisis termina ahí, ya que una vez demostrada las intenciones de perjudicar a los demás socios resulta evidente que el acuerdo supone un detrimento injustificado para sus intereses. En un segundo supuesto, si tras realizar el juicio de conveniencia detectamos que el acuerdo no es estrictamente necesario, pero conviene al interés social, debemos valorar, en un segundo nivel de análisis, si los beneficios que reporta son proporcionales al correlativo detrimento que supone para los demás socios que discrepan del acuerdo. En caso de ser proporcionales, se considera que el detrimento está justificado y, por lo tanto, no es un acuerdo abusivo. En caso contrario, si los beneficios que reporta el acuerdo

¹⁸ Atendiendo a la jurisprudencia menor, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 31 de julio de 2015 (JUR 2015\234344) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 2014 (AC 2014\1115), dado que nos aportan criterios a tener en cuenta para valorar qué es conveniente para la sociedad, siendo relevante para ello los elementos que formaron parte del contexto de la decisiones, tales como la situación económico-financiera de la sociedad, la situación del sector del mercado donde opera y los proyectos empresariales y de inversión que integran el plan empresarial fijado para desarrollar el objeto social.

impugnado no guardan proporción con el detrimento de los intereses de los demás socios, se considera que el acuerdo es abusivo por razones objetivas.

Atendiendo al caso que nos ocupa, podemos argumentar que el acuerdo impugnado aparte de ser innecesario, por las razones que se mencionaron al respecto, no es conveniente para Newco porque atendiendo al contexto en que se desenvuelve su actividad, aumentar la posición social de Sigaar en Newco no reporta ningún beneficio concreto para la sociedad dado que ello no forma parte del proyecto empresarial fijado por los socios, cuyos objetivos vienen definidos en el acuerdo de *joint venture*, y donde se establece claramente que la distribución del capital social que los socios consideran óptima para el desarrollo de su objeto social es una distribución Sigaar 75% y Greed Group 25% y no Sigaar 95% y Greed Group 5% .

Además, tras analizar el segundo nivel del juicio de conveniencia, en el hipotético supuesto de considerar conveniente la ampliación de capital con cargo a compensación de créditos, las ventajas globales que reporta la adopción del acuerdo para la sociedad son minúsculas en comparación con el detrimento que conlleva para los demás socios que discrepan de aumentar capital. No puede considerarse que acudir al aumento de capital por compensación de créditos, modalidad que solamente incrementa la posición social de Sigaar, es una medida proporcional para atender la supuesta necesidad de financiación de Newco, dado que la ventaja que reporta para la sociedad es mínima, compensar de su pasivo un crédito que en sede concursal está en última posición en la prelación de créditos, en comparación con el detrimento en un 20% del capital social que ostenta Greed Group.

Por lo tanto, el acuerdo de aumento de capital con cargo a compensación de créditos es un acuerdo abusivo porque no responde a necesidad de financiación real de Newco, y en caso de existir dicha necesidad, la medida adoptada es desproporcionada dado que la Ley permite otras vías para conseguir financiación con cargo a fondo propios donde todos los socios pueden participar o realizarlo con cargo a reservas de forma que la distribución del accionariado en el capital social se mantenga incólume ⁽¹⁹⁾. Además, el interés propio del socio mayoritario es claro puesto que la adopción del acuerdo conlleva el incremento de los derechos políticos y económicos exclusivamente para Sigaar, y, atendiendo al proyecto de empresa conjunta (acuerdo de *joint venture*), no es conveniente para Newco variar la distribución del capital social porque esa fue la distribución que las partes del acuerdo de *joint venture* consideraron óptima para el desarrollo del fin común que persigue la empresa conjunta.

¹⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2012 anteriormente citada resulta clarificadora en relación al carácter proporcionado que debe guardar un acuerdo adoptado no por necesidad de la sociedad sino por su conveniencia al afirmar que: *“De ahí que la decisión de ampliar fuese no una necesidad sino una mera conveniencia, lo cual puede resultar perfectamente legítimo que lo decida la mayoría social, siempre que no utilice, como ocurrió en este caso, la vía más agresiva de entre las existentes para acometerla del modo más dañino posible para la situación de los minoritarios, que al quedar privados de la posibilidad de participar en ella si era por vía de compensación de créditos sufrían una importantísima dilución en su participación en la entidad, pues pasaban de ostentar un 34,56 % a un 8,77%”*.

Una vez desarrollado el contenido de los requisitos exigidos por el segundo párrafo del artículo 204.1 LSC, los argumentos que concretan nuestra pretensión y que van encaminados a demostrar la concurrencia de los requisitos exigidos por el precepto son los siguientes:

2.5) Valor probatorio de los correos electrónicos

En primer lugar, podremos demostrar la falta de necesidad razonable del acuerdo de aumento de capital mediante la aportación como prueba electrónica, conjunto a un dictamen pericial que confirme su autenticidad e integridad, los correos electrónicos cruzados el señor Fox y el señor Gekko. De esta forma, y como ya se adelantó en la sección sobre cuestiones procesales, nuestra actividad probatoria irá encaminada a demostrar que las discrepancias personales surgidas a raíz de la reunión que tuvieron en Miami Beach los representantes de Sigaar y de Greed Group, originan la decisión de aumentar capital mediante la compensación de créditos, siendo palmario, o cuando menos constituyendo un sólido indicio para el Juez, que el aumento de capital se llevó a cabo en retaliación contra Greed Group, teniendo como único propósito perjudicar a Greed Group aminorando injustificadamente su posición en el capital de Newco, quedando patente que el aumento de capital no responde a una necesidad razonable de financiación para Newco.

En relación al régimen jurídico y el valor probatorio de los correos electrónicos cabe afirmar que, como consecuencia de la sofisticación tecnológica que experimenta la sociedad en su conjunto, resulta sencillo comprobar como en los procedimientos judiciales cada vez es más frecuente la utilización de medios probatorios electrónicos y telemáticos, dando lugar a la ampliación del catálogo de medios probatorios a utilizar por las partes en defensa de sus pretensiones⁽²⁰⁾.

Su utilidad como medio de prueba radica en que permite reproducir y acreditar hechos y conductas con trascendencia jurídica, cuestión que en definitiva ayuda a conseguir el convencimiento del Juez y, por tanto, constituyen un medio de prueba con un nivel alto de eficacia probatoria que, muy probablemente, orientarán el sentido del fallo. De igual forma, resulta significativo mencionar que ningún precepto de las leyes procesales expresamente denomina o cataloga taxativamente qué dispositivos o sistemas de comunicación componen la prueba electrónica.

Centrándonos en el medio de prueba que nos compete, el correo electrónico puede definirse como *“un servicio de red que permite el envío y recepción de mensajes y archivos adjuntos entre distintos usuarios. Pero técnicamente no deja de ser un fichero guardado en el disco*

²⁰ Entre algunos de los medios probatorios electrónicos más utilizados están los correos electrónicos, datos de ordenadores, instrumentos de almacenamiento de datos, bases de datos, ficheros temporales utilizados en la navegación por Internet y otros tipos de archivos temporales, pantallazos de WhatsApp y otros mensajes en programas de mensajería instantánea, archivos y documentos almacenados en la nube, documentos con firma electrónica o con algún tipo de certificado de reconocimiento.

duro de un servidor de correo o cualquier otro dispositivo de almacenamiento masivo de la red ⁽²¹⁾”.

Por su parte, la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, define en su artículo 2 H) el concepto de correo electrónico como “*todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo*”.

Según el Magistrado del Juzgado de lo Social, Carlos González González ⁽²²⁾, la trascendencia a efectos de la valoración probatoria debe ser estudiada desde dos puntos diferentes. Por una parte, atendiendo al valor probatorio del mensaje comunicado, junto a sus adjuntos o anexos, por la otra parte, debe atenderse al valor probatorio que arrojan los datos de tráfico, estos vienen a demostrar el origen de la comunicación, su destino, la fecha, hora y la duración, el tipo de comunicación, el equipo y la localización de la comunicación, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, en relación a las comunicaciones por correo electrónico.

Adicionalmente, Delgado Martín ⁽²³⁾ destaca que cuando el remitente da la orden de enviar un mensaje de correo electrónico, el mensaje no va directamente al destinatario, sino que necesariamente pasa por un conjunto de mecanismos que se encargan de dirigirlo y que dicho procedimiento deja impregnadas en el mensaje una serie de huellas digitales, que hacen reconocible e identificable la dirección IP desde la que se ha remitido el correo, por tanto, facilitan el reconocimiento del origen del mensaje. Es por ello que los mensajes pueden quedar almacenados en el equipo emisor o en el equipo destinatario, incluso en el servidor que utiliza el dispositivo electrónico para articular el servicio de comunicación, pero ello también significa que los correos electrónicos pueden ser borrados o, incluso a pesar de ser borrados, ser previamente guardados en copias de seguridad que quedarán almacenadas en el ordenador durante un tiempo. Conocer dichas circunstancias resulta relevante a la hora de proponer y aportar un correo electrónico como medio de prueba, y también para el caso en que los mismos sean impugnados por la parte contraria, debiendo practicar sobre ellos una prueba pericial informática con el fin de corroborar la autenticidad e integridad de los correos electrónicos impugnados.

²¹ Según expone en su fundamento de derecho tercero la sentencia Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona, de 20 de marzo de 2017 (ROJ SJSO 16/2017).

²² González González, C. (2019). *Valor probatorio de los correos electrónicos*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U.

²³ Delgado Martín, J. (2016). *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid. La Ley, págs. 167 y 168.

Expuestas las características y la naturaleza del correo electrónico, cabe sostener que es un medio de prueba que encuentra cabida en el ordenamiento jurídico dado que el correo electrónico se presenta como un medio capaz de acreditar hechos con relevancia procesal, tanto físicos como electrónicos. Este medio de prueba se compone de dos elementos, un elemento técnico *-hardware* o equipo- y un elemento lógico *-software* o programa-, que conjuntamente permiten elaborar un documento.

Desde el punto de vista de la LEC, en el apartado segundo del artículo 299, se establece que también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. La regulación de estos medios de prueba se encuentra en los artículos 382 al 384 LEC.

El artículo 382.1 LEC dispone que las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Por su lado, el artículo 384.1 LEC establece que los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. En relación con el valor probatorio de este medio de prueba, el apartado tercero del mismo precepto establece que el Tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las definiciones expuestas por el Anexo ⁽²⁴⁾ de la Ley 18/2011, y debido a que la LEC, en su artículo 299, hace una distinción entre la prueba documental y la prueba “electrónica”, dado que esta última se diferencia de la primera al venir necesariamente presentada en “*medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen*” o por “*instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas*”, es razonable afirmar que la prueba electrónica está configurada como una prueba autónoma. Lo anteriormente expuesto es corroborado por la citada Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona al declarar en su fundamento de derecho tercero que:

²⁴ El Anexo de la Ley 18/2011 de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de justicia, define al medio electrónico como “*mecanismos, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones; incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como internet, telefonía fija y móvil u otra*”. En relación al documento electrónico, el mismo anexo lo define como “*la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*”.

“Destacar como elemento característico de esta regulación que el legislador ha excluido de la prueba documental a la prueba electrónica y ha introducido, como prueba autónoma y sin precedentes, la prueba "por medios e instrumentos" (arts. 299.2 y 382 a 384 LECiv). Todo ello al margen de cualquier se la verdadera naturaleza jurídica de la prueba electrónica y si cabe asimilarla a la prueba documental”.

Por parte de la doctrina, la autora Sanchís Crespo ⁽²⁵⁾ refleja la diferencia anteriormente expuesta entre la prueba electrónica y la prueba documental, tras ofrecer un concepto para la prueba electrónica, afirmando que:

“Como punto de partida, podemos entender por prueba electrónica o en soporte electrónico, aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico, o bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal. Inmediatamente después surge un paralelismo entre la prueba en soporte electrónico y el medio de prueba documental, porque se aprecia claramente que lo que las diferencia no es qué representan, sino cómo lo hacen. Mientras la prueba documental en soporte papel o similar hace presente el hecho controvertido al modo tradicional, la prueba en soporte electrónico se sustenta en un dispositivo de esa naturaleza: pero el hecho representado puede ser exactamente el mismo”.

También, Delgado Martín ⁽²⁶⁾, destaca que el elemento esencial de este medio de prueba proviene de su naturaleza electrónica. Ello significa que la prueba electrónica *“utiliza un lenguaje binario a través de un sistema que transforma impulsos o estímulos electrónicos o fotosensibles, y por cuya descomposición y recomposición informática grabada en un formato electrónica genera y almacena la información”*. Por su parte, los autores Pinto Palacios y Pujol Capilla ⁽²⁷⁾ nos advierten que *“el archivo se conserva en sistema binario, mientras que el texto es fruto de la transformación de ese sistema binario en forma de escritura con letras de nuestro alfabeto”*, de forma que resulta comprensible inferir que dicho proceso de transformación del sistema binario al lenguaje entendible para las partes y para el juez conlleva un riesgo de manipulación que puede desvirtuar el valor probatorio del documento electrónico aportado al proceso como prueba.

A modo de recapitulación, la prueba electrónica se reconoce como prueba autónoma conforme a una interpretación sistemática de los artículos 299.2; 382; 383 y 384 LEC y tiene dos

²⁵ Sanchís Crespo, C. (2012). *La prueba en soporte electrónico*, en Valero Torrijos, J. (coord.), *Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio (RCL 201,1298)*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. Pág. 713.

²⁶ Delgado Martín, J. (2013). *La prueba electrónica en el proceso penal*. Diario La Ley. núm. 8167. Sección Doctrina. 10 de octubre de 2013. Año XXIV. Pág. 1.

²⁷ Pinto Palacios, F. y Pujol Capilla, P. (2017). *La prueba en la era digital*. La Ley. Wolters Kluwer. Madrid. Pág. 127.

modalidades. La primera modalidad incluye los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, conforme a lo establecido por los artículos 382 y 383 LEC, debido a que los datos relevantes son captados mediante “instrumentos de filmación, grabación y semejantes”. La segunda modalidad de prueba electrónica, donde cabe incluir el correo electrónico, se encuentra en el artículo 384 LEC, denominada “instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso”. Adicionalmente, conviene recalcar que la eficacia probatoria de estos medios de prueba dependerá de la licitud ⁽²⁸⁾, la autenticidad ⁽²⁹⁾ y la integridad ⁽³⁰⁾ de la información que contengan.

Una vez asentada la distinción entre la prueba documental y la prueba electrónica ⁽³¹⁾, cabe mencionar que el correo electrónico podrá ser aportado como medio de prueba al proceso bajo dos posibles modalidades. En la primera modalidad se aporta como prueba electrónica, bajo la categoría de instrumento que permite archivar, conocer y reproducir datos relevantes para el proceso. Al proponer esta prueba bajo esta modalidad, el artículo 384.2 nos remite al 382.2 LEC, el cual dispone que la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere conveniente. Es decir, al aportar el correo electrónico como prueba electrónica al procedimiento, resulta conveniente a efectos probatorios aportar conjunto al mismo un dictamen pericial que acredite la autenticidad e integridad de los correos electrónicos.

Aportados los correos electrónicos como medio de prueba electrónica, se mantiene el principio de libre valoración de la prueba debido a que la Ley no introduce criterios de valoración específicos distintos a la sana crítica para este medio probatorio y, conforme al artículo 299.2 LEC, reconoce la capacidad que tiene este medio para acreditar hechos relevantes para el proceso. Cuestión distinta, es el grado de verosimilitud que finalmente el Juez le otorgue al material probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, dado que esta es la regla valorativa que la Ley impone a los órganos jurisdiccionales en esta materia, en virtud de los artículos 382.3 y 384.3 LEC.

No obstante, el órgano jurisdiccional también debe atender a la actuación de las partes en relación con los medios probatorios aportados, porque como consecuencia de la posición que

²⁸ En el sentido de que se ha accedido a dicha prueba sin vulnerar los derechos fundamentales, como lo son el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos personales.

²⁹ Para que el medio de prueba despliegue la eficacia probatoria perseguida es necesario que el documento aportado corresponda al autor real, y se conoce, o al menos es determinable, el origen y procedencia de dichos datos.

³⁰ En relación a garantizar que la prueba aportada al proceso no ha sido manipulada o alterada desde el momento de su extracción o acceso hasta el momento de su aportación. Ello encuentra su reflejo en la posterior labor de custodia prevista por los artículos 383.2 y 384.2 LEC que ordenan al Letrado de la Administración de Justicia a adoptar las medidas de custodia necesarias para conservar la integridad de los medios de prueba aportados.

³¹ Y esta a su vez se subdivide entre los instrumentos que permiten la reproducción de palabras, imágenes y sonidos y los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos, siendo esta última subcategoría donde se ha de incluir el correo electrónico.

adopten las partes, el órgano jurisdiccional deberá distinguir entre dos supuestos para determinar el valor probatorio de los correos electrónicos aportados como prueba electrónica.

El primero de ellos es si se reconoce en el juicio el correo electrónico o no es impugnado por la parte contraria, en este supuesto el correo electrónico despliega plenamente sus efectos como medio de prueba electrónica. Ello significa que la otra parte da por verdadera la autenticidad y la integridad de la comunicación electrónica, aceptando el contenido que le favorezca o le perjudique demostrado a través de la prueba electrónica presentada.

El segundo supuesto es si no se reconoce el correo aportado y se impugna la autoría (autenticidad) o el contenido (integridad). Bajo este supuesto, para que la prueba electrónica tenga plena eficacia probatoria será necesario que quien aporte la prueba electrónica la acompañe con una prueba pericial informática que garantice la autenticidad e integridad del contenido de los correos electrónicos. Es por ello que, como se afirmó con anterioridad, el artículo 384.2 LEC nos remite al artículo 382.2 LEC permitiendo que la parte que proponga este medio de prueba pueda aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes, como también permite a las otras partes aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

De esta manera la Ley permite a la parte que aporta la prueba electrónica añadir, mediante el dictamen pericial, un mayor grado de certeza al correo electrónico y delimita los medios de impugnación de los que la parte contraria dispone.

Por lo tanto, resulta conveniente advertir sobre el segundo supuesto, ya que, si Sigaar impugna la autoría o el contenido del correo electrónico aportado como prueba electrónica, será determinante aportar una prueba pericial informática que garantice la autenticidad de los correos electrónicos y la integridad de su contenido, de forma que podamos contrarrestar la impugnación hecha de contrario ⁽³²⁾.

La segunda modalidad se configura aportando el contenido del correo electrónico plasmado en soporte documental impreso, dando lugar a un medio de prueba que responde más a la naturaleza del documento privado.

³² Adicionalmente, otra forma de neutralizar los efectos que se desprenden del segundo supuesto es hacer uso de servicios de certificación que acrediten el carácter auténtico e íntegro de las comunicaciones aportadas, como ocurre, por ejemplo, con los correos electrónicos enviados con un servicio electrónico de confianza, de conformidad con el artículo 326.3 LEC. Como parte de nuestro asesoramiento jurídico advertimos que utilizar un servicio de confianza permite otorgar un mayor grado de eficacia probatoria al correo electrónico aportado como prueba electrónica ya que acredita la autenticidad y la integridad de los datos plasmados en los correos electrónicos, mediante los servicios de certificación cualificados y no cualificados previstos por el Reglamento 910/2014. No obstante, dado que en los antecedentes del caso facilitados no se hace mención alguna acerca de que las partes de la comunicación disponían de dicho servicio de certificación, y salvo que la representación de Greed Group nos pueda facilitar dicha información, no tendremos en cuenta esta opción como parte de nuestra estrategia procesal para acreditar la autenticidad e integridad de los correos electrónicos.

Por tanto, podemos aportar los correos electrónicos al procedimiento transcribiendo el contenido del correo electrónico en un soporte documental impreso y aportarlo como documento privado. Aportar el correo electrónico bajo esta modalidad, según la citada Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de 31 de marzo de 2017, tendrá plena eficacia probatoria *“si la parte contraria no impugna el correo y su volcado en soporte impreso, bien puede considerarse que implica la admisión de su contenido. Pero, si la parte contraria, los impugna y no reconoce su validez y eficacia probatoria, quien los aportó al proceso deberá acompañar una prueba pericial que garantice la autenticidad e integridad de los correos y de su contenido. Aunque no esté expresamente previsto, técnicamente se considera relevante la aportación del correspondiente soporte informático para dotar de mayor eficacia probatoria a este medio probatorio”*.

Por lo tanto, aportar el contenido del correo electrónico volcado en soporte documental impreso equivale a aportar un documento privado, siendo necesario seguir la forma de presentación prevista por el artículo 268 LEC, por remisión del artículo 325 LEC, y tendrá la fuerza probatoria dispuesta por el artículo 326 LEC. Por consiguiente, en caso de ser impugnado el correo electrónico aportado como prueba documental conlleva la especial carga de tener que acompañarlo para su cotejo con una prueba pericial informática (soporte informático) que certifique la autoría y la integridad del contenido del correo electrónico.

En conclusión, el valor probatorio de los correos electrónicos viene sujeto a las reglas de la sana crítica, y su eficacia es plena siempre que se aporten bajo alguna de las modalidades expuestas en esta sección, como prueba electrónica (instrumento que permite archivar, conocer o reproducir datos relevantes) o como prueba documental privada. Adicionalmente, es relevante conocer y aplicar las previsiones legales que permiten alcanzar mayor eficacia probatoria en caso de ser impugnados por la parte contraria.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y con la finalidad de demostrar la falta de necesidad razonable del acuerdo de aumento de capital, aportar los correos electrónicos enviados entre el señor Fox y el señor Gekko como prueba electrónica y acompañada de una prueba pericial informática (informe sobre el soporte informático del equipo utilizado para las conversaciones) nos brindará un mayor peso al momento de convencer al Juez que la decisión de aumentar el capital social de Newco con cargo a compensación de créditos no responde a una necesidad razonable de la sociedad, sino que fue tomada con el propósito “ajustar cuentas” dado que poco antes del cruce de correos electrónicos ocurrió la reunión en Miami Beach, donde Greed Group se negó rotundamente las acusaciones manifestadas por Sigaar sobre el precio de las acciones de Habanera.

2.6) Ampliación de capital realizada

Uno de los criterios a tener en cuenta para valorar la inexistencia de necesidad razonable que denote la lesión al interés social que inflige el acuerdo de aumento de capital es analizar la específica modalidad de aumento elegida, ello permitirá deducir las causas que llevaron a la

ampliación, demostrando la ausencia de necesidad razonable y, en caso de considerar que hay una necesidad de financiación, sirve para valorar la proporcionalidad entre las ventajas de haber adoptado el acuerdo de aumento y los perjuicios que ello supone a los demás socios.

Esta modalidad de ampliación está prevista en el artículo 301 LSC, también conocida como *capitalización de deuda*, e implica para las sociedades anónimas la compensación del derecho de crédito que la sociedad ostenta frente al suscriptor de las acciones por la obligación de aportación con alguna deuda preexistente que la sociedad tiene frente a dicho suscriptor. En otros términos, es una modalidad que permite ampliar el capital social al convertir en socios a los acreedores que se encuentren dispuestos a compensar su derecho de crédito frente a la sociedad a cambio de acciones que representen el valor de dicho crédito.

Según disposición del artículo 301 LSC, y en concordancia con el límite del desembolso parcial para las sociedades anónimas expuesto por el artículo 44 LSC para la constitución de la sociedad anónima y por el artículo 296.3 LSC para los aumentos de capital, los créditos que vayan a ser compensados por esta modalidad de aumento, al menos el veinticinco por ciento de ellos, deben ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles. Por tanto, una vez expuestas las características que el crédito debe tener para llevar a cabo la compensación, cabe afirmar que esta modalidad permite aumentar el capital social sin necesidad de que los suscriptores de las acciones tengan efectuar aportación alguna, lo cual supone una ventaja para quien adquiere la condición de socio o para quien pretende aumentar su posición en el capital social.

Desde el punto de vista de la obtención de financiación, esta modalidad de aumento no provee por sí misma de nuevos fondos a la sociedad, sino que el beneficio de esta operación se encuentra en la reducción del pasivo de la sociedad por la cantidad que sea compensado el crédito, permitiendo a la misma disponer libremente de los recursos que en caso contrario habría tenido que destinar al pago de sus obligaciones.

Adicionalmente, el artículo 301.2 LSC con el propósito de afianzar la realidad de los créditos a compensar y reforzar el derecho de información de los socios, exige que, al tiempo de la convocatoria de la Junta General, se ponga a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y las características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de acciones que hayan de emitirse y la cuantía del aumento y se hará constar expresamente la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social. Para el caso de la sociedad anónima, el artículo 301.3 LSC prevé que al tiempo de la convocatoria de la junta General también se pondrá a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite, una vez verificada la contabilidad social, la exactitud de los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar y, en caso de que la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores.

Según consta en los antecedentes de hecho, la Junta General Extraordinaria de Newco de 27 de abril de 2020 fue válidamente convocada y constituida, por ello damos por hecho que las

formalidades exigidas por el artículo 301 LSC para esta modalidad de aumento de capital fueron cumplidas, por lo que no podremos esgrimir como argumentos a nuestro favor el incumplimiento de dichas formalidades.

Sin embargo, el haber acudido a esta específica modalidad para aumentar el capital social de Newco compensando un crédito de Sigaar nos abre las puertas al siguiente argumento. Si Newco, como previsiblemente manifestará en su escrito de contestación, pretende sostener que el aumento de capital bajo esta modalidad no es contrario al interés social porque responde a una necesidad razonable de financiación, desde el punto de vista de la solidez que dicha compensación genera en Newco frente a una hipotética situación de insolvencia, no parece que esta modalidad de aumento de capital sea la solución más óptima al tener presente que, conforme a los artículos 281.1.5º y 283.1.1º de la Ley Concursal (en adelante LC), tendrán la categoría de créditos subordinados aquellos créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y se considera persona especialmente relacionada al concursado persona jurídica los socios que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un diez por ciento del capital social si la sociedad declarada en concurso no cotiza en el mercado secundario oficial.

El crédito que compensa Sigaar frente a Newco tiene las características anteriormente expuestas, porque necesariamente se trata de un crédito que ha nacido cuando Sigaar ostentaba el 75% del capital social, dado esa fue la distribución inicial del capital social de Newco acordada en el acuerdo de *joint venture*, al haber aportado Sigaar al capital social de Newco el 75% de las acciones de Habanera y el 25% de las acciones restantes fueron aportadas por Greed Group. Por consiguiente, Sigaar, al ostentar más del diez por ciento del capital social de Newco al momento de nacer el crédito compensado, ante una hipotética situación de insolvencia que conlleve a la apertura del concurso de acreedores se considera una persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica y, por lo tanto, dicho crédito tendrá la naturaleza de crédito subordinado, ubicándose al final del orden de prelación de créditos. Por ello, resulta evidente que la medida adoptada no es la más razonable, dado que de querer realmente fortalecer la posición de Newco ante un hipotético concurso de acreedores, es más razonable buscar compensar créditos privilegiados u ordinarios.

La anterior conclusión nos aporta un argumento encaminado sostener la falta de necesidad razonable del aumento de capital por compensación de créditos porque resulta difícil de sostener, en primer lugar, que Newco carece de una adecuada financiación, ya que si tenemos en cuenta el informe financiero sobre el cierre del ejercicio 2019 realizado por Pufosa Asesores Financieros sobre los estados contables de Habanera, donde queda expuesta la situación positiva de la actividad empresarial y la generación de fondos de Habanera, y considerando que Newco, al ser la sociedad matriz de Habanera, recibe fondos de su filial, quedando demostrado que Newco se encuentra provista de la financiación que necesita para el desarrollo de su actividad. Por lo tanto, el acuerdo de aumento de capital con cargo a compensación de créditos no responde a una necesidad de Newco.

En segundo lugar, suponiendo que el órgano jurisdiccional considere que Newco sí carece de la financiación que requiere para su actividad, cabe sostener que la medida elegida para responder ante dicha necesidad no es la más adecuada teniendo en cuenta los intereses de los demás socios, al considerar que el ordenamiento dispone de otras alternativas que ofrecen las mismas ventajas, en cuanto a recabar fondos propios se refiere, y suponen un menor detrimento para los intereses de los demás, como lo es el aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias, donde los demás socios pueden participar de la ampliación a través del derecho de preferencia del artículo 304 LSC. Por lo tanto, aunque se considere que existe una necesidad de la sociedad en conseguir financiación, la respuesta a dicha necesidad no es razonable si atendemos a las distintas modalidades de ampliación de capital previstas en la LSC.

En tercer lugar, desde el punto de vista de la conveniencia del acuerdo, aumentar capital con cargo a compensación de créditos no es conveniente para Newco porque variar la distribución del accionariado no forma parte del proyecto empresarial fijado por los socios, cuyos objetivos vienen definidos en el acuerdo de *joint venture*, y donde se establece claramente que la distribución del capital social que los socios consideran óptima para el desarrollo de su objeto social es una distribución Sigaar 75% y Greed Group 25% y no Sigaar 95% y Greed Group 5%.

En cuarto lugar, partiendo del segundo nivel de análisis del juicio de conveniencia, aumentar el capital social de Newco con cargo a compensación de créditos no es adecuado, ya que las ventajas globales que reporta esta operación no guardan proporción con el detrimento que supone para el interés de los demás socios. Es decir, partiendo de una hipotética situación de insolvencia, no es lo más conveniente haber compensado un crédito que, debido al orden de prelación de créditos en el ámbito concursal, será satisfecho en último lugar, en vez de haber compensado créditos privilegiados y ordinarios, que tienen prioridad. Por lo tanto, las ventajas que reporta la ampliación de capital social con cargo a la compensación de un crédito subordinado no son tan beneficiosas como el perjuicio, la disminución de la posición de socio de Greed Group en un 20%, que ello ocasiona a los intereses de los demás socios, es por ello que la medida no guarda proporción y por tanto supone un detrimento injustificado al socio minoritario.

3) Conclusiones

Una vez establecido que la aplicación del precepto que sirve de base jurídica para nuestras pretensiones viene condicionado al cumplimiento de los requisitos que exige, nuestra argumentación viene encaminada a demostrar la concurrencia de los mismos. Por tanto, en primer lugar, debemos acreditar la ausencia de necesidad razonable para aumentar capital social. Para valorar dicha ausencia hemos de utilizar el juicio de necesidad, estableciendo en un primer nivel de análisis si existe o no necesidad de la sociedad, y en un segundo nivel de análisis determinando si la necesidad ha sido colmada mediante una respuesta razonable.

Para demostrar la ausencia de necesidad de aumentar capital en Newco aportaremos los correos electrónicos cruzados entre el señor Fox y el señor Gekko, quedando en evidencia que la única razón que lleva al administrador único a proponer el aumento de capital es un acto de retaliación que busca perjudicar a Greed Group mediante la dilución de su posición en el capital social de Newco, como consecuencia de las desavenencias personales, surgidas en la reunión que tuvo lugar en Miami Beach, entre los representantes de Greed Group y Sigaar.

Con la finalidad de proporcionar mayor solidez a esta prueba, hemos de relacionarla con el interrogatorio de parte propuesto, de forma que podamos interrogar al señor Fox acerca de las razones que lo llevaron a considerar tan necesario realizar el aumento de capital con cargo a compensación de créditos. Además, al preguntarle acerca de la reunión de Miami Beach y acerca las expresiones que utilizó para dirigirse al señor Gekko a través de los correos electrónico, nos servirá para dejar en evidencia las discrepancias personales que sostiene con el señor Gekko.

En relación al segundo requisito exigido por el precepto, al tener en cuenta los efectos jurídicos que el aumento de capital supone en la posición jurídica de los socios, podremos demostrar, aunque sea indiciariamente, que Sigaar tiene un interés que busca satisfacer de forma preponderante sobre los intereses de sus consocios. El interés se identifica con el incremento del porcentaje que recibirá en concepto de dividendos porque la distribución de dividendos en la sociedad anónima es en proporción con el capital desembolsado, por tanto, al tener mayor un mayor porcentaje en el capital social obtendrá mayores dividendos y también presenta un interés desde el punto de vista de sus derechos políticos porque el acuerdo de aumento incrementará su posición al 95% del capital social, cuestión que le permite a Sigaar adoptar todo tipo de decisiones sin tener en cuenta la voluntad de su consocio. La jurisprudencia viene exigiendo para entender que existe lesión al interés social, el establecimiento de un nexo causal entre el acuerdo que lesiona el interés social y el beneficio que se obtiene al satisfacer el socio mayoritario en interés propio. En nuestro supuesto, cabe argumentar que Sigaar, con la finalidad de satisfacer sus intereses, vota favorablemente un acuerdo de aumento de capital que genera en su posición jurídica ciertas ventajas al mismo tiempo que causa un detrimento injustificado en la posición jurídica de Greed Group.

El tercer requisito que se desprende del precepto que sirve de base jurídica para nuestra pretensión exige que el detrimento en los demás socios sea injustificado. Para establecer el carácter injustificado de la medida utilizamos el juicio de conveniencia, que se encuentra interrelacionado con el juicio de necesidad, de forma que al aplicar este criterio quedará demostrado que el acuerdo de aumento de capital no es conveniente para la sociedad, y en el hipotético caso en que el órgano jurisdiccional lo considere conveniente, el mismo no reporta ventajas que puedan considerarse proporcionadas a los perjuicios que genera en la posición jurídica del socio minoritario. Para ello, podemos argumentar acerca de los efectos que conlleva la ampliación de capital con cargo a la compensación de créditos de un socio, de forma que el crédito compensado tendrá el menor rango jerárquico en un hipotético concurso de acreedores, quedando latente que las ventajas de esta modalidad son inferiores a los perjuicios que supone

al socio minoritario, cuestión que nos permite calificar injusto el detrimento que soporta el socio minoritario.

Tras demostrar la concurrencia de los requisitos exigidos por el párrafo segundo del artículo 204.1 LSC, la probabilidad de que nuestras pretensiones sean estimadas aumenta considerablemente, y en el supuesto de que el órgano jurisdiccional estime nuestras pretensiones, anulará el acuerdo de aumento de capital, quedando la distribución del capital social en Newco conforme a lo previsto por los socios en el acuerdo de *joint venture*.

IV Sección 2

Escrito de demanda

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

Don Ignacio Méndez, Procurador de los Tribunales, y de Greed Group, S.A., conforme acredita mediante escritura de poderes que acompaño para su unión a los autos por copia certificada con devolución de su original, ante el Juzgado comparezco bajo la dirección del Letrado Roberto Yepes y **DIGO:**

Que paso a formular demanda de juicio ordinario sobre impugnación de acuerdos sociales contra la entidad mercantil Newco, S.A., con domicilio en Avenida de la Diagonal, N° 12, Código Postal: 08019, Barcelona, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO. - Mi principal es accionista de la entidad demandada.

Adjunto como documento N° 1 los títulos justificativos de la propiedad de mi principal sobre 250 acciones de la entidad demandada.

Adjunto como documento N° 2 certificado emitido por el Registro Mercantil de la provincia de Castellón, en que la demandada tiene su domicilio social, acreditativo –entre otros extremos– de que el capital social de la demandada se divide en 1.000 acciones de una única clase y serie, y de valor nominal de 10.370,36 euros cada una.

A los efectos que luego se dirán, me interesa dejar constancia de que las acciones de mi principal representan más del cinco por ciento del capital social de la entidad demandada y de que ésta no ha emitido valores que estén admitidos a negociación en el mercado secundario oficial.

SEGUNDO. – La entidad demandada convocó Junta General Extraordinaria de Accionistas mediante anuncios que se publicaron en el Boletín Oficial del Registro Mercantil en fecha 27 de marzo de 2020 y en el diario El Castellón, de la provincia donde radica su domicilio social, en fecha 27 de marzo de 2020.

El anuncio expresaba que la Junta se celebraría en primera convocatoria el día 27 de abril de 2020 a las 10.00 horas y en segunda el siguiente día a la misma hora.

Los puntos del Orden del Día eran los siguientes:

1) Ampliación de capital con cargo a compensación de créditos de Sigaar.

2) Cese de sr. Fox como administrador de Newco, S.A. y nombramiento de sr. Glauser Roist.

Así lo acredito mediante los mencionados anuncios que adjunto como documentos nº3 y 4.

TERCERO. - La mencionada Junta se reunió en primera convocatoria y adoptó los acuerdos que constan en el certificado que, librado por el Secretario del Administrador único de la demandada y visado por su Presidente, acompaño como documento nº 5. En dicha acta de la junta quedó expresado que el accionista minoritario, actor en este procedimiento, votó en contra del aumento de capital acordado al considerarlo contrario al interés social.

Los acuerdos adoptados por la demandada son la ampliación del capital social con cargo a compensación de créditos y el cese del administrador único. Dicha Junta acordó también la modificación del artículo 12 (capital social) de los Estatutos Sociales.

CUARTO. – La impugnación de los acuerdos sociales de referencia se efectúa con base a los siguientes argumentos:

1º Infracción del artículo 204.1 de la LSC por cuanto el aumento de capital se acuerda en lesión de los intereses sociales y en beneficio de los accionistas mayoritarios de la demandada, que desean, de esta forma, incrementar su porcentaje de participación en perjuicio de los minoritarios. Es de notar que la entidad demandada, que obtiene buenos resultados, es producto de un acuerdo de cooperación empresarial o de *joint venture*, que acompaño como documento nº 6, donde las partes del acuerdo convinieron que, para el desarrollo óptimo de la empresa conjunta, acuerdan una distribución del capital social en una proporción del 25% por parte de Greed Group, S.A. y un 75% por parte de Sigaar, BV y ahora amplía capital innecesariamente y con el solo fin de desincentivar a sus socios minoritarios de seguir invirtiendo en ella, mientras los mayoritarios de esta forma pretenden hacerse con la práctica totalidad del capital social confundiendo los intereses sociales con los suyos propios.

A los anteriores hechos son de aplicar los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

-I-

FUNDAMENTOS JURÍDICOS FORMALES

PRIMERO. - Competencia territorial.

Corresponde al Juzgado al que, por turno, corresponde de los de la ciudad de Barcelona, donde tiene la demandada su domicilio social y ello, no sólo por razón del fuero general de las personas jurídicas establecido en el artículo 51.1 de la LEC, sino por la norma del artículo 52.10 de la LEC al tratarse de un proceso de impugnación de acuerdo sociales.

SEGUNDO. - Legitimación activa y pasiva.

Corresponde a mi principal por ser accionistas de la entidad demandada e impugnarse acuerdos sociales por ser contrarios al interés social y por ostentar al menos el uno por ciento del capital social, al amparo del artículo 206.1 LSC.

La legitimación pasiva corresponde a la entidad demandada por disponerlo así el artículo 206.3 LSC.

TERCERO. - Impugnabilidad de los acuerdos.

Invoco el artículo 204.1 LSC.

CUARTO. - Caducidad de la acción

La demanda se presenta dentro del plazo de un año computado desde la fecha de adopción del acuerdo previsto en el artículo 205 LSC.

QUINTO. - Procedimiento

Por disposición del artículo 249.3º de la LEC es el juicio declarativo ordinario regulado en los artículos 399 al 436 de la LEC.

SEXTO. - Costas

Invoco el artículo 394.1 de la LEC.

-II-

FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO. - CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES

Invoco el artículo 204.1 LSC, cuyo primer párrafo establece que serán 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.

En su párrafo segundo, establece 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.

En consecuencia, el párrafo segundo del artículo 204.1 LSC establece un supuesto adicional para la impugnación de acuerdos sociales, siendo los casos de aquellos acuerdos sociales que, al ser impuestos abusivamente por la mayoría, se consideran lesivos al interés social. Por consiguiente, en la vigente redacción del precepto queda enmarcado el paralelismo entre la impugnación de acuerdos lesivos al interés social, artículo 204.1 primer párrafo LSC, como tipo general de acuerdo social impugnabile y la impugnación de acuerdos que, aun no causando daño al patrimonio social, lesionan el interés social por haber sido impuestos de forma abusiva por parte de la mayoría, que constituye una subcategoría del tipo general de acuerdo social impugnabile.

La formulación anteriormente expuesta es corroborada por lo expuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 3 de julio de 2020 afirmando que:

“A este respecto, debe atenderse a la regulación prevista en el artº 204 T.R.L.S.C, que establece un doble régimen de impugnación distinguiendo entre 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 (numero 1); y la previsión que se contiene en el segundo de los numerales del precepto, que establece 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.

Según la definición legal, el acuerdo abusivo se producirá cuando se adopte 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 tanto, la fundamentación jurídica que forma parte de nuestra pretensión es la causa de impugnación establecida en el párrafo segundo del artículo 204.1 LSC, causa de impugnación consistente en el quebrantamiento del interés social por la imposición abusiva del acuerdo por parte de la mayoría.

SEGUNDO.- SOBRE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL PRECEPTO

Una vez expuesto que la fundamentación jurídica de nuestra pretensión se basa en la segunda causa de impugnación de acuerdos sociales prevista en el párrafo segundo del artículo 204.1 LSC, traemos a colación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Granada, de 16 de febrero de 2015 dado que presenta la formulación de los requisitos que han de concurrir para que prospere esta causa de impugnación:

“Los diferentes elementos que señala el precepto nos permiten distinguir (y con ello determinar la carga de la prueba) que para apreciar ese abuso de mayoría deberemos considerar:

El acuerdo no obedece a una necesidad razonable de la sociedad.

Existe una mayoría que lo adopta en interés propio y por tanto una minoría que discrepa.

Existe un detrimento injustificado de los demás socios. Este detrimento no ha sido desarrollado por el legislador pero se conecta con la lesión del interés social (aún sin carácter patrimonial)

que a su vez produce un favorecimiento del interés propio de quienes lo adoptan con una minoría que discrepa y que ve lesionado su propio interés”.

Por tanto, expondremos los argumentos encaminados a demostrar que el acuerdo de aumento de capital con cargo a compensación de créditos no obedece a una necesidad razonable de la sociedad; que existe una mayoría que lo adopta en interés propio y una minoría que discrepa y que existe un detrimento injustificado de los demás socios.

TERCERO.- SOBRE LA AUSENCIA DE NECESIDAD RAZONABLE

En relación al primero de los requisitos, los términos expuestos por el precepto *sin que responda a una necesidad razonable* configuran un concepto jurídico indeterminado que hemos de precisar a través del criterio interpretativo expuesto por el artículo 3.1 del Código Civil, interpretando las normas según el sentido propio de sus palabras, cuestión que nos remite a acudir a la definición de las palabras según el Diccionario de la Real Academia Española.

En relación a la palabra *necesidad* el concepto presenta varias acepciones, pudiendo entenderse como “*carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida*” o “*aquello de lo que es imposible sustraerse*” o “*peligro o riesgo ante el cual se insta auxilio*”. Por lo tanto, podemos afirmar que la *necesidad* a la que se refiere el precepto se satisface cuando el acuerdo adoptado es requerido para la defensa y conservación del interés social a través del desarrollo del objeto social.

La palabra *necesidad* se encuentra precedida el termino *responda*, de forma que debemos interpretar que la *necesidad* ha de ser una respuesta frente a algo, dado que el término *responda*, proveniente del subjuntivo del verbo responder, significa “*contestar a algo para resolver lo que se pregunta*” o “*contestar algo como una llamada o comunicación*”. En consecuencia, el precepto no solamente exige que el acuerdo adoptado venga requerido para la defensa y conservación del interés social, es necesario que dicha actuación sea una respuesta o una reacción encaminada a colmar dicha carencia de la sociedad.

En relación al término *razonable*, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como algo “*adecuado, conforme a razón*” o “*proporcionado o no exagerado*”. Por tanto, al combinar los significados de los términos ahora analizados, afirmamos que, a los efectos de valorar si el acuerdo ha sido impuesto de forma abusiva, la frase expuesta en el precepto “*sin responder a una necesidad razonable*” ha de ser interpretada de forma que el acuerdo constituye una respuesta razonable, en el sentido de adecuada y proporcionada, para satisfacer la necesidad detectada por la sociedad.

Por lo tanto, para considerar si la adopción del acuerdo es *razonable* valorando de forma global las consecuencias que se derivan del acuerdo en su conjunto, siendo *razonable* si el resultado de la valoración arroja que los beneficios para la sociedad son proporcionales al detrimento que supone para la minoría. Por el contrario, el acuerdo no podrá considerarse *razonable* si existiendo otras vías similares que generan una satisfacción igual de óptima ante dicha necesidad, se ha elegido aquella que causa un mayor detrimento en los demás socios, porque al haber elegido esta vía el acuerdo deja de ser *proporcionado*, característica inherente al término *razonable*.

Adicionalmente, sostenemos que la formulación del precepto condiciona el análisis de sus requisitos a la previa detección de la ausencia de necesidad razonable, ya que los demás requisitos podrán ser valorados siempre que este primer requisito se dé, porque de lo contrario, de existir un acuerdo social que sea una respuesta razonable ante una necesidad de la sociedad, el detrimento de los demás socios queda justificado y no hay menoscabo del interés social. Este es el proceder del razonamiento expuesto en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°1 de San Sebastián de 1 de febrero de 2016 al mencionar que una vez detectada la necesidad razonable, queda excluido la abusividad del acuerdo:

“A tal respecto, tal como se desprende del folio 4 de la demanda, existe conflictividad respecto a los gastos de limpieza, mantenimiento, etc. del local llamado denominado comedor de la planta terraza, por lo cual puede considerarse que una regulación de tal cuestión por la Junta para que cese esa conflictividad se puede considerar que responde a una necesidad razonable de la sociedad, lo que excluiría ya por sí una abusividad en el hecho de que el nuevo reglamento tenga una regulación diferente o mas concreta de lo que son gastos privativos y comunes”.

Una vez establecidas las premisas sobre la interpretación de este requisito, el acuerdo de aumento de capital social de Newco, S.A con cargo a compensación de créditos no responde razonablemente a una necesidad empresarial de la sociedad porque, en primer lugar, no tiene la necesidad de recibir mayor financiación para el desarrollo de su objeto social, la tenencia de las acciones de su sociedad filial Habanera, S.A., dado que, para el momento en que se acordó la ampliación de capital, se encuentran en una situación económico-financiera estable al haber sido recientemente constituida como resultado un contrato de *joint venture*, con aportaciones sociales suficientes que le permiten el desarrollo de su negocio con normalidad sin requerir de más financiación.

Además, si tenemos en cuenta el informe financiero sobre el cierre del ejercicio 2019 realizado por Pufosa Asesores Financieros, aportado como documento N° 7, sobre los estados contables de Habanera, S.A. donde queda expuesta la situación positiva de la actividad empresarial y la generación de fondos de Habanera, S.A. y el informe de experto independiente, aportado como documento N° 8, que valoró las aportaciones no dinerarias al momento de la constitución de Newco, S.A., arrojando un resultado similar al informe de Pufosa Asesores Financieras, es un sólido indicio de que Newco, S.A. se encuentra provista de la financiación que precisa para el desarrollo de su actividad y, por lo tanto, aumentar capital no es una necesidad empresarial que Newco, S.A. tenga que atender para la continuación de su actividad empresarial y la preservación del interés social.

En segundo lugar, porque el acuerdo de aumento de capital de Newco, S.A. con cargo a compensación de créditos es producto de un acto de retaliación contra Greed Group, S.A. como consecuencia de las desavenencias personales surgidas a raíz de una reunión que tuvieron en Miami Beach los representantes de Sigaar BV y de Greed Group, S.A., donde el primero reclamó al segundo una reducción del precio pagado por las acciones de Habanera, S.A. producto de presuntas alteraciones contables realizadas por el órgano de administración de Habanera, S.A. encaminadas a aumentar el precio del EBITDA, que servía para el cálculo del precio de compraventa de las acciones. Ante dicha acusación, los representantes de Greed

Group, S.A. rechazaron con rotundidad las acusaciones manifestadas por su socio Sigaar BV, reproche y hostigamiento que prosiguió entre el señor Fox, como administrador único de Newco, S.A. y el señor Gekko, encargado de las gestiones diarias de Newco, S.A. a través del intercambio de correos electrónicos que adjuntamos como documento N° 9, sirviendo de prueba electrónica o en soporte en electrónico, en su modalidad prevista por el artículo 384 LEC, y que aportamos como conjunto a un dictamen pericial que ratifica la autenticidad y la integridad de los correos enviados.

Por tanto, el contenido de los correos electrónicos es un elemento revelador del comportamiento abusivo de la mayoría, dado que deja en evidencia que no existe una necesidad real de financiación de la sociedad sino que se acude a esta modalidad de aumento de capital con mala fe al tener como propósito el perjudicar a Greed Group, S.A., mediante la dilución de su posición en el accionariado, como una respuesta al rechazo que este manifestó sobre sus reclamaciones.

En tercer lugar, la ausencia de necesidad de razonable de la sociedad se hace palpable si atendemos a la modalidad escogida para el aumento, la compensación de créditos prevista por el artículo 301 LSC, ya que desde el punto de vista de la solidez que dicha compensación genera en Newco, S.A. frente a una hipotética situación de insolvencia, no parece que esta modalidad de aumento de capital sea una respuesta razonable ante una necesidad empresarial que Newco, S.A. deba colmar de forma prioritaria al tener presente que, conforme a los artículos 281.1.5° y 283.1.1° de la Ley Concursal, tendrán la categoría de créditos subordinados aquellos créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y se considera persona especialmente relacionada al concursado persona jurídica los socios que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un diez por ciento del capital social si la sociedad declarada en concurso no cotiza en el mercado secundario oficial.

Por consiguiente, Sigaar BV, al ostentar más del diez por ciento del capital social de Newco, S.A. al momento de nacer el crédito compensado, ante una hipotética situación de insolvencia que conlleve a la apertura del concurso de acreedores se considera una persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica y, por lo tanto, dicho crédito tendrá la naturaleza de crédito subordinado, ubicándose al final del orden de prelación de créditos. Por ello, resulta evidente que la medida adoptada no es una respuesta ante la necesidad de aportar una mejor situación financiera ante la insolvencia, dado que de querer realmente fortalecer la posición de Newco, S.A. ante un hipotético concurso de acreedores, es más razonable buscar compensar créditos privilegiados u ordinarios.

Además, si el ordenamiento jurídico dispone de distintas alternativas para obtener financiación, y dentro de las alternativas se elige aquella que mayor perjuicio suponga para los demás socios, bajo este contexto, el acuerdo de aumento por compensación de créditos no puede ser la respuesta más adecuada, en el sentido de proporcionada, si el ordenamiento jurídico prevé otras modalidades, como la aplicación con cargo de aportaciones dinerarias,

En cuarto lugar, no puede entenderse que el acuerdo de aumento responde razonablemente a una necesidad de la sociedad al tener presente que los socios, previo a la constitución de Newco, S.A., acordaron a través de un contrato de empresa conjunta/ *joint venture* que la distribución

del capital social de Newco, S.A. debe quedar configurada en un 75-25, de forma que Sigaar BV ostentaría el 75% del capital social y Greed Group, S.A. el 25% restante. Las exigencias de la buena fe, de conformidad con los artículos 7.1 y 1258 del Código Civil y con el artículo 57 del Código de Comercio, se encuentran presentes en todo el ordenamiento jurídico-privado, incluso en las actuaciones que forman parte de la contratación mercantil y, al ser la sociedad un contrato de conformidad con el artículo 1665 del Código Civil, las actuaciones jurídico-privadas incluidas en el ámbito societario también vienen sujetas a dichas exigencias. Por lo tanto, sostenemos que la ampliación de capital de Newco, S.A. no responde de forma razonable una necesidad de la sociedad dado que, en el hipotético caso de necesitar financiación, la actuación de la mayoría no es conforme a las exigencias de la buena fe al ir conscientemente en contra de lo pactado en el contrato de empresa conjunta/ *joint venture*.

Las razones anteriormente expuestas, debido a que demuestran que el acuerdo de aumento de capital no persigue razonablemente el interés del conjunto de los socios, quedan encuadradas en lo expuesto por el fundamento de derecho segunda, en relación con la impugnación de acuerdos lesivos de los intereses de la minoría, de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 al afirmar que:

“Desde esta perspectiva, 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”.

Por lo tanto, al constatar la ausencia de razón objetiva que justifique la satisfacción del interés de la mayoría en detrimento de los demás socios por la adopción del acuerdo, debe considerarse que los acuerdos son impuestos abusivamente por la mayoría y, en consecuencia, lesionan el interés social.

CUARTO.- SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA MAYORIA QUE ADOPTA EL ACUERDO SOCIAL EN INTERÉS PROPIO

El segundo requisito exigido por el precepto es que exista una mayoría que adopta el acuerdo social con la finalidad de obtener un beneficio o satisfacer un interés propio. En relación con este requisito, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 establece que:

“La norma exige que se constate la desviación del poder de decisión de la mayoría, de tal forma que se pueda identificar que el acuerdo lesivo para los intereses de la sociedad lo es en beneficio de alguno o varios socios -en este sentido la sentencia de 12 de julio de 1983 (RJ 1983, 4212), apunta a que es precisamente la discriminación entre los socios lo que constituye el supuesto legal de la impugnación- o de terceros, en el bien entendido de que, como sostiene la sentencia de 19 febrero de 1991 (RJ 1991, 1512), reiterada en la 1086/2002, de 18 de noviembre (RJ 2002, 9768) que "el requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que

entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991 en relación a este requisito manifiesta que:

“El requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional: exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta; debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio -sentencias de 23-6-1962 (RJ 1962\3021); 23-11-1970 (RJ 1970\4885); 4-3-1967 (RJ 1967\1349); 11-5-1968 (RJ 1968\4538)-”.

Como podemos observar, el planteamiento que hace la jurisprudencia no contempla el análisis del elemento subjetivo en relación a la satisfacción del interés propio, siendo posible demostrar dicho interés mediante criterios objetivos, acudiendo al tipo de ventaja que se obtiene mediante el acuerdo, podemos afirmar que este requisito concurre en nuestro supuesto toda vez que según el artículo 275 LSC, el reparto de los beneficios sociales se hace en proporción a la participación en el capital social, por tanto, aumentar en 20 puntos porcentuales la posición en el accionariado que ostenta Sigaar BV en Newco, S.A. es una clara ventaja económica que recibe a causa del acuerdo, y que conlleva el detrimento de la posición societaria de Greed Group, S.A. al acudir a una modalidad de aumento que solamente beneficia a Sigaar BV dado que no contempla la posibilidad de que los demás socios puedan ejercer el derecho de adquisición preferente. La ventaja a nivel político para Sigaar BV se traduce en que este socio pasa a ostentar el 95% del capital social, cuestión que prácticamente le permite adoptar cualquier tipo de decisión en Junta General sin tener en consideración los intereses de su consocio.

Por tanto, desde el punto del establecimiento de un nexo causal, el acuerdo social de aumento de capital con cargo a compensación de crédito es la causa de una ventaja para Sigaar BV, al aumentar sus derechos políticos y económicos, siendo la misma causa que genera el detrimento injustificado en Greed Group, S.A. al ver aminorado su derecho al dividendo y su peso en las votaciones de la junta, configurando así un acuerdo impuesto abusivamente por la mayoría que resulta en la lesión del interés social.

QUINTO- SOBRE LA EXISTENCIA DEL DETRIMENTO INJUSTIFICADO DE LOS DEMÁS SOCIOS

La concurrencia de este requisito ha de ser valorada en términos de justificación del detrimento, entendiendo justificación como conveniencia para el interés social, y como se advirtió con anterioridad, el carácter injustificado del detrimento viene condicionado por la ausencia de necesidad razonable de la sociedad, dado que, en caso de existir una respuesta razonable ante una necesidad de la sociedad, el detrimento para los demás socios se considera justificado por dicha razón objetiva.

Por lo tanto, sostenemos que, ante la ausencia de necesidad razonable que justifique el detrimento de los demás socios, el acuerdo de aumento de capital debe ser considerado impuesto abusivamente por la mayoría, en satisfacción de un interés propio y con el detrimento injustificado para los demás socios. No obstante, en el hipotético caso de considerar que existe una necesidad de financiación de Newco, S.A., el acuerdo de aumento como respuesta a dicha necesidad no puede ser considerado razonable al conllevar a resultados desproporcionados debido a que, si valoramos de forma global las ventajas que el acuerdo supone para el interés social y las desventajas que reporta para los socios discrepantes de la adopción del acuerdo, queda en evidencia dicha desproporcionalidad al observar que la ventaja que reporta el compensar un crédito que en sede concursal tendrá la consideración de crédito subordinado no guarda proporción alguna con el detrimento del 20% que supone a la posición de Greed Group, S.A.

Y es más, aunque la sociedad tenga una necesidad de financiación, aumentar capital bajo esta modalidad no es una respuesta razonable si tenemos en consideración que el ordenamiento jurídico prevé otras modalidades que permiten a los demás socios acudir a la ampliación través del derecho de suscripción preferente y así mantener intacta la distribución del capital social y al haber elegido esta específica modalidad de aumento, que no contempla la posibilidad de mantener dicha distribución del capital social, el aumento de capital con cargo a compensación de créditos va a alterar la distribución del capital social de Newco, S.A. acordada por los socios en el acuerdo de *joint venture*, vulnerando de esta forma lo pactado.

Por lo tanto, al tener otras alternativas para aumentar capital menos perjudiciales para los intereses de los demás socios y al existir un acuerdo previo de *joint venture*, donde los socios acuerdan mediante contrato la distribución del capital social en un 75-25, el acuerdo de aumento de capital no es una respuesta razonable ante la necesidad de financiación y, por consiguiente, el detrimento de los demás socios es injustificado.

En consecuencia, incluso en el hipotético caso de considerar que existe una necesidad de financiación de Newco, S.A. la respuesta ante dicha necesidad no es razonable, dado que supone el detrimento injustificado de los demás socios y se hace estrictamente para la satisfacción del interés de la mayoría, por ello, el acuerdo ha sido impuesto abusivamente por la mayoría y, por tanto, menoscaba para el interés social.

En virtud de los anteriores hechos y fundamentos de derecho, formulo al juzgado el siguiente

SUPPLICO

Que se sirva dictar Auto admitiendo la presente demanda y ordenando emplazar a la entidad demandada para que conteste a la demanda dentro del término legal y, siguiente que sea el juicio por todos sus trámites, dicte sentencia efectuando los siguientes pronunciamientos:

1. Anule el acuerdo sobre aumento de capital adoptados por la Junta General antes mencionado, por haber sido adoptados con lesión de los intereses sociales de la demandada y en beneficio de sus accionistas mayoritarios.
2. Imponga, en cualquier caso, a la demandada las costas del presente pleito.

PRIMER OTROSÍ DIGO.- Que, interesa al Derecho de esta parte se practiquen los siguientes

MEDIOS DE PRUEBA

I.- INTERROGATORIO DE LA PARTE CONTRARIA

A fin de que sea citado D. BUD FOX, como administrador único cesado de Newco, quién acordó la convocatoria de la Junta General Extraordinaria celebrada el 27 de abril de 2020. Así también, que sea citado D. GLAUSER ROIST, como administrador único de la demandada. Ambos bajo apercibimiento de poder tener por ciertos los perjuicios que resulten de preguntas a las que se nieguen a contestar, o contesten de manera elusiva o inconcluyente.

II.- DOCUMENTAL

A los efectos legales probatorios oportunos, se dejan designados los documentos que se acompañan a la presente demanda, así como los expedientes seguidos ante Órganos Jurisdiccionales, archivos, dependencias, libros y registros de toda clase, públicos y privados, tanto físicos como telemáticos, citados en la presente demanda o referidos en los documentos que se acompañan.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO.- Que, esta parte al amparo de lo dispuesto en el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes, sobre la aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda, anuncia la aportación posterior de dictamen pericial sobre la autenticidad de los correos electrónicos aportados como prueba documental con la presente demanda, para el caso que por la parte demandada impugne la autenticidad y la integridad de los mismos o a causa de las alegaciones del demandado al contestar o de las alegaciones complementarias admitidas en la audiencia.

Esta parte, de conformidad con el artículo 338.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil manifiesta, para en su momento, que desea que el autor del Dictamen, comparezca en juicio a fin de ratificar, exponer y explicar el dictamen, responder a cuantas preguntas, objeciones o propuestas de rectificación se planteen y en suma, para que se intervenga de cualquier forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

SUPLICO. - Que, según lo dispuesto en el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tenga por anunciado en tiempo y forma la aportación posterior de Dictamen Pericial en los supuestos y circunstancias previstas en el citado artículo.

TERCER OTROSÍ.- Que, de conformidad con el artículo 728 LEC, concurren los presupuestos procesales exigidos por el precepto dado que existe un riesgo real y efectivo, demostrado con las pruebas aportadas por esta parte, de perjuicio sobre los derechos del socio minoritario al desplegar plenos efectos jurídico la inscripción del acuerdo, haciendo que la dilución injustificada en la posición del socio se consolide; que, conforme a la documentación aportada existen, indicios suficientes para llevar a cabo valoración provisoria que permita el acogimiento de la pretensión expuesta y se entrega en caución el valor al 5% de las acciones ostentadas por Greed Group, S.A.

Por lo tanto, interesa al derecho de esta parte la adopción de las siguientes

MEDIDAS CAUTELARES

I.- La anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo social en el Registro Mercantil, de conformidad con el artículo 727.5ª LEC, con la finalidad de dar a conocer la existencia de una demanda cuya estimación podría alterar el contenido registral, con la finalidad de enervar la presunción de buena fe de terceros que confían en lo que publican los asientos del Registro.

II.- La publicación de dichas anotaciones preventivas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, de conformidad con el artículo 727.6ª LEC, con la finalidad de dar publicidad a la situación litigiosa que presenta el aumento de capital.

III.- La suspensión de los acuerdos sociales impugnados, de conformidad con el artículo 727.10ª LEC, con la finalidad de impedir que los efectos jurídicos del acuerdo impugnado pueden desplegar y de impedir la inscripción de actos conexos y compatibles con el acuerdo de aumento de capital.

En Barcelona, a 11 de enero de 2021

Letrado

D. Roberto Yepes

Procurador

D. Ignacio Méndez

Sección 3

Informe sobre previsión de la contestación contraria, posible reconversión y estrategias de defensa

1) Previsión de la contestación contraria: La posible contestación de Newco a nuestra demanda de impugnación de acuerdos sociales muy probablemente se ceñirá, en parte, a rebatir nuestros argumentos sobre la inexistencia de necesidad empresarial razonable que justifique tanto el aumento de capital como la dilución de los demás socios. Para ello, se servirá de sostener que las necesidades financieras que se presentan a Newco, ante una supuesta falta de capitalización, solamente pueden ser solventadas mediante esta modalidad de aumento de capital. Adicionalmente, es probable que, a raíz de la reunión acontecida en Miami Beach y con base al informe de situación financiera elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar, argumenten que la situación financiera de Habanera es deficiente, sosteniendo que el EBITDA de Habanera para el año 2019 es inferior al estimado en un principio por el informe financiero de Pufosa Auditores Financieros, cuestión que influye directamente en la situación económica de Newco al estar compuesto su capital social por las acciones de Habanera y, por lo tanto, sostendrán que es necesario acudir al aumento de capital con cargo a compensación de crédito para mejorar la situación económico-financiera de Newco.

Sumado a lo anterior, es muy probable que dirija su argumentación de cara a justificar que la modalidad elegida es la mejor opción dado que se trata de créditos líquidos y exigibles y, por tanto, capitalizar dicha deuda supone mejorar la posición financiera de Newco al haber disminuido su pasivo por la cantidad compensada permitiendo a la sociedad disponer libremente de esos recursos que en caso contrario habría tenido que emplearlos para atender al pago de sus obligaciones.

No obstante, haremos saber en nuestro escrito de demanda con la finalidad de neutralizar anticipadamente dicha argumentación, sostendremos que la modalidad de aumento de capital con cargo a compensación de créditos, una vez analizadas las circunstancias concurrentes, no se presenta como la más óptima ni la más razonable para la sociedad porque la Ley prevé otras formas de conseguir financiación a cargo de fondos propios con resultados similares que permiten soslayar los resultados perjudiciales para la minoría, como puede ser el aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias, donde todos los socios gozan del derecho a suscripción preferente conforme al artículo 304 LSC.

Además, como argumentaremos en nuestro escrito de demanda de impugnación de acuerdos sociales, conforme a la normativa concursal, específicamente el artículo 281.5º en relación con el artículo 283.1.1º, se establece que los créditos cuyo titular es una persona especialmente relacionada con el concursado tendrán la calificación de crédito subordinado. Por consiguiente, en una hipotética situación concursal, el crédito que ostenta Sigaar frente a Newco, al ser Sigaar una persona especialmente vinculada a Newco, será calificado crédito subordinado, ubicándose en el último lugar en la prelación de créditos. Por lo tanto, la modalidad elegida para el aumento de capital realmente no va encaminada a posicionar a Newco en una posición con mayor solidez

frente a una hipotética situación de insolvencia, dado que, teniendo en cuenta la legislación concursal, el crédito compensado tiene naturaleza de crédito subordinado y, por ende, no es la estrategia más óptima desde este punto de vista, quedando palpable que el motivo que lleva a aumentar capital en Newco es la dilución del socio minoritario y no el fortalecimiento de la sociedad frente un hipotético escenario de insolvencia, dado que dicho aumento no está orientado a satisfacer posibles créditos privilegiados u ordinarios, los cuales son los primeros en ser saldados en un procedimiento concursal.

2) Posible reconvencción: La reconvencción podemos definirla como una actuación procesal realizada por la parte demandada en el mismo escrito de contestación, constituyendo una pretensión que formula el demandado contra el demandante. Es por ello que, lógicamente, la reconvencción trae un nuevo objeto procesal distinto del de la demanda principal.

Una vez aducida dicha pretensión, el demandado principal pasa a denominarse demandado reconviniente y el actor pasa a ser demandante reconvenido. Adicionalmente, la reconvencción implica el nacimiento en el actor la carga de ejercitar su derecho de defensa frente a la reconvencción. En consecuencia, el artículo 407.2 LEC establece que podrá ser contestada por el actor reconvenido en el plazo de 20 días a partir de la notificación de la demanda reconvenicional ⁽³³⁾.

La LEC, en su artículo 406, enumera los requisitos que deben concurrir para que la reconvencción sea admitida por el órgano jurisdiccional. Dichos requisitos son:

- 1) La conexión de pretensiones. Debe haber una mínima relación entre el objeto del proceso principal y el objeto de la reconvencción. No se trata de exigir una conexión jurídica entre ambas pretensiones/objetos, sino que haya una cierta relación, porque van a ser resueltas en un mismo procedimiento por el órgano jurisdiccional.
- 2) Como consecuencia de lo anterior, el órgano jurisdiccional tiene que tener competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía para conocer de la reconvencción.
- 3) El procedimiento a seguir con base a la acción principal tiene que ser el mismo que el procedimiento para tramitar la reconvencción, por tanto, no será admitida cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza al seguido en la demanda principal.
- 4) Es fundamental que la voluntad de reconvenir venga expresa en la contestación, dado que no cabe la reconvencción implícita. Por ello, la reconvencción habrá de expresarse con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos.

³³ Conforme al artículo 407.1 LEC la reconvencción puede dirigirse contra terceros que estén relacionados con el objeto principal, siempre que puedan considerarse como litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenicional.

- 5) La forma de la reconvención es exactamente la misma que la demanda, por tanto, el artículo 399 LEC rige para la reconvención, configurando el escrito con un encabezamiento, un cuerpo y un suplico. También será de aplicación lo dispuesto para la demanda en el artículo 400 LEC, es decir, aplica la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, debiendo ser aducidos en cuanto resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponer la demanda reconvencional.

Por tanto, en relación a una posible reconvención de parte de Newco ante la interposición de la demanda de impugnación de acuerdos sociales, debemos advertir que con arreglo al artículo 206.3 LSC no cabe que la sociedad demandada reconvenga, porque atendiendo al contenido del citado precepto el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales tiene carácter unidireccional, donde la legitimación pasiva es ostentada exclusivamente por la sociedad, cuestión que impide que pueda existir formalmente una reconvención.

3) Estrategias de defensa: No obstante, atendiendo a los antecedentes de hecho, resulta previsible que Sigaar accione contra Greed Group mediante otros procedimientos judiciales, y parte del asesoramiento solicitado pide estrategias para neutralizar posibles acciones en contra.

3.1) Acción de incumplimiento contractual de Sigaar contra Greed Group, valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías

Una de las vías por las que Sigaar puede exigir responsabilidad contractual contra Greed Group será invocando la responsabilidad por el acuerdo de intenciones y por las manifestaciones y garantías expuestas en el contrato de compraventa de acciones de Habanera.

En primer lugar, debemos analizar el valor que tiene el acuerdo de intenciones en nuestro ordenamiento jurídico y determinar si pueden llegar a ser fuente de responsabilidad. En el marco de los tratos preliminares⁽³⁴⁾ a un contrato, surgen acuerdos o cartas de intenciones, que tienen por objeto plasmar la voluntad de las partes de negociar, de buena fe, los términos de un determinado negocio sobre las bases generales que incorporan en dicho acuerdo o carta de intenciones. Es importante resaltar que las negociaciones han de estar presididas de principio a fin por el principio de buena fe, dado que dicho principio rige en todas las relaciones contractuales, conforme a lo dispuesto por el artículo 7.1 del Código Civil, y viene fundamentado por la confianza generada entre las partes durante las fases preparatorias del negocio.

³⁴ La sentencia del Tribunal Supremo del 16 de diciembre de 1999 (núm. 1091/1999; RJ 1999/8978), define los tratos preliminares “como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y “ad lateres” realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio ideas, especulaciones, planteamientos pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1994 ⁽³⁵⁾ nos recuerda que:

“El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto de que, en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la culpa «in contrahendo»”.

Conforme a lo anteriormente expuesto en esta sección, podemos sostener que, grosso modo, se aprecia la existencia de culpa *in contrahendo* cuando con motivo de la formación de un contrato, una de las partes, confiando en su futura celebración, de forma tal que ha realizado inversiones o disposiciones patrimoniales no reversibles, generando una expectativa legítima de derechos, se ve perjudicada por la ruptura sin causa legítima de los tratos preliminares.

No obstante, una vez que los elementos esenciales del contrato se encuentran definidos en el acuerdo, la figura del acuerdo de intenciones deja perder su propósito, y debido a que el día 20 de diciembre de 2019 Greed Group y Sigaar procedieron a firmar los contratos de la operación conforme a lo previsto en el acuerdo de intenciones, afirmamos que de ello no puede producirse responsabilidad de Greed Group por culpa *in contrahendo*. Por lo tanto, una vez que los contratos se encuentran definidos y formalizados es muy improbable que estimen las pretensiones de Sigaar consistentes en la reclamación por culpa *in contrahendo*.

En lo que respecta al valor de las declaraciones y garantías ⁽³⁶⁾, éstas despliegan su mayor utilidad en el marco de las transacciones mercantiles, concretamente en una operación de adquisición de una empresa, donde generalmente las partes que negocian parten de distintos niveles de información. Por definición, el vendedor tendrá información detallada acerca de las condiciones y el estado del objeto de transacción, mientras que el comprador tendrá que investigar y recabar dicha información, y es especialmente importante para esta parte poder conocer los riesgos inherentes a la operación. En consecuencia, los adquirentes de empresas suelen emprender el proceso de *due diligence* solicitando del vendedor información para valorar los hechos adversos a la operación y conocer la situación económica y financiera de la empresa que van a adquirir, así como poner de relieve eventuales contingencias que pueden afectar a esta.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1994 (núm. 139/1994; RJ 1994/1198).

³⁶ Desde el punto de vista doctrinal, Gómez Pomar las define, de modo general, “*como proposiciones relativas a hechos pasados o presentes, a creencias sobre hechos pasados, presentes o futuros, o predicciones de eventos futuros, y que un contratante (típicamente el vendedor) hace y dirige a la otra parte, con la intención de que tenga efecto jurídico, en principio favorable a esta segunda*”. En GÓMEZ POMAR, F. (2007). *El incumplimiento contractual en Derecho español*. InDret 3/2007, págs. 1-49

Sumado a lo anterior, el ordenamiento jurídico español carece de un régimen jurídico específico para la compraventa de empresas ⁽³⁷⁾, más allá de lo previsto por las normas generales del Derecho de los contratos, artículos 1254 y siguientes del Código Civil, y las normas aplicables a los contratos de compraventa, artículo 1445 y siguientes del Código Civil.

Esta figura guarda cierta relación con las obligaciones de saneamiento por evicción de los artículos 345 y 85 CCom y del artículo 1475 CC y de saneamiento por vicios aparentes del artículo 336 CCom y por vicios internos de los artículos 342 CCom y del artículo 1484 CC, que esencialmente obligan al vendedor por una lado a garantizar la posesión pacífica del objeto de la transacción, obligaciones de evicción, y por el otro, garantizar que la cosa objeto de transacción no tiene defectos ni gravámenes que hacen impropia a la cosa para cumplir con el uso al que se destina o que disminuyen dicha utilidad ⁽³⁸⁾.

Por tanto, las manifestaciones y garantías expuestas en nuestro supuesto contienen proposiciones relativas a un hecho presente, la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, que el vendedor se obliga a garantizar durante un periodo de 12 meses desde la transmisión de las acciones de Habanera y, en consecuencia, el remedio contractual previsto en la cláusula de “declaraciones y garantías” deviene operativo en caso de que la manifestación vertida en la cláusula sea contradicha por hechos que afloran durante la vigencia de los 12 meses de garantía que tiene el comprador tras la compraventa. Además, con la introducción de esta cláusula resulta irrelevante si el comprador conocía o pudo conocer la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, dado que el vendedor asume el riesgo sobre su falsedad o inexactitud.

En el supuesto de que la cláusula contractual de manifestaciones y garantías entre Sigaar y Greed Group no prevea ningún remedio en caso de vulneración, el ordenamiento jurídico español no contempla ni regula acciones ni remedios específicos frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Por lo tanto, dado que la cláusula de manifestaciones y garantías forma parte del contrato, Sigaar recurrirá a los remedios previstos en la Ley sobre el incumplimiento contractual. En consecuencia, es previsible que Sigaar accione en contra de Greed Group con base a las declaraciones y garantías incluidas en el contrato de compraventa de acciones de Habanera y a los artículos 1101 y 1128 CC.

³⁷ Por ello cada vez es más frecuente en este tipo de operaciones la inclusión de una cláusula contractual de “declaraciones y garantías”, práctica proveniente del *Common Law* y conocida como *Representations & Warranties*. Dicha cláusula configura una especie de obligación que otorga un grado de seguridad al adquirente, teniendo como propósito facilitar al comprador una “radiografía” del bien objeto de transacción, ayudando así a concretar extremos tales como el precio, los riesgos y futuras responsabilidades.

³⁸ Descartamos que Sigaar pueda accionar en contra de Greed Group con base al saneamiento por evicción porque en nuestro caso no se da el supuesto de hecho previsto en la norma, y en cuanto al saneamiento por los vicios internos, la acción se encuentra caducada por previsión del artículo 1490 CC, que prevé un plazo de seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida. En nuestro supuesto inicia el cómputo desde el 20 de diciembre de 2019 y caduca el 20 de junio de 2020.

Conforme a la interpretación jurisprudencial ⁽³⁹⁾ de los requisitos previstos por los anteriores preceptos, para que existe un incumplimiento contractual se requiere una actuación antijurídica activa o pasiva, que la conducta sea culpable, por haber mediado dolo o haber actuado con culpa, la existencia de un perjuicio o daño y la relación de causalidad entre el daño sufrido y la conducta antijurídica. Dichos requisitos parecen concurrir en el supuesto, dado que existe una acción por parte de Greed Group al declarar la veracidad sobre los estados contables y financieros de Habanera, que al resultar contradicha por la realidad genera un incumplimiento contractual por vulneración de dicha manifestación y garantía incluida en el mismo; que existe, al menos, culpa de Greed Group en el cumplimiento de su prestación dado que se comprometió a declarar la veracidad de dichos estados y por tanto debió haber detectado las supuestas irregularidades contables que pretendían aumentar el EBITDA; que existe un daño patrimonial identificado con el pago con sobreprecio de las acciones de Habanera; y el nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio patrimonial existe al haber declarado Greed Group como verdadera una situación irreal de Habanera, cuestión que lleva a Sigaar a pagar el sobreprecio de las acciones.

Por esta vía Sigaar pretenderá la declaración del incumplimiento contractual y la condena al pago de la indemnización de daños y perjuicios, debiendo, en caso de ser estimada su demanda, Greed Group pagar a Sigaar la diferencia entre el precio pagado y aquel que hubiese efectivamente pagado en caso de haber conocido la existencia de la contingencia.

3.2) Solidaridad y Mancomunidad de los administradores

Las reglas sobre la atribución de la representación de la sociedad, entendida como posibilidad de actuación externa de la misma y de vinculación de la sociedad con terceros, se establecen en el artículo 233 LSC, disponiendo que la representación corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos. Además, el precepto ordena que la atribución de representación debe seguir las siguientes reglas.

En caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste. En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno. En relación al tipo societario, establece que en la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos y si la sociedad es anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.

En relación a la condición de administrador mancomunado del Sr. Fox, cabe afirmar que, aunque al momento de firmar los contratos ante notario con Greed Group para llevar a cabo las

³⁹ Sentencias de 25 de enero de 1965 (RJ 1965\253); 3 de mayo de 1966 (RJ 1966\2282); 20 de diciembre de 1978 (RJ 1978\1919); 16 de mayo de 1979 (RJ 1979\1831); y 10 de octubre de 1990 (RJ 1990\7592).

operaciones de compraventa de acciones de Habanera y de la *joint venture* estaba actuando sin la presencia del otro administrador mancomunado de Sigaar, el Sr. Roist, la actuación realizada por él ante Greed Group ha sido ratificada tácitamente por su mandante, Sigaar, al reconocer la vinculación del negocio jurídico firmado por su administrador en la reunión de Miami Beach y también al votar a favor del cese del sr. Fox como administrador único de Newco, dado que está ratificando la validez de lo actuado como representante mancomunado ⁽⁴⁰⁾. Por lo tanto, lo actuado por el sr. Fox vincula a Greed Group con Sigaar, al ser ratificada la actuación de su administrador mediante actos concluyentes de Sigaar.

3.3) Responsabilidad de los Administradores

Hemos de advertir que, teniendo en cuenta las reclamaciones sobre la falsedad contable de Habanera realizadas en la reunión de Miami Beach, existe la probabilidad que Sigaar ejercite una acción ante los órganos jurisdiccionales para reclamar responsabilidad al órgano de administración de Habanera por las presuntas irregularidades contables señaladas.

En relación al régimen de responsabilidad de los administradores, el artículo 236 establece los presupuestos y la extensión subjetiva de la responsabilidad. Por tanto, os administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La norma establece que la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales ⁽⁴¹⁾ y el artículo 237 LSC establece el carácter solidario de la responsabilidad de los integrantes del consejo de administración, admitiendo la exoneración de la responsabilidad si demuestran que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo o acto lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

⁴⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010 admite la ratificación por la sociedad de los actos llevados a cabo por uno de los administradores mancomunados sin la intervención del otro, al afirmar en su fundamento de derecho tercero que:

“La conclusión de la sentencia impugnada al interpreta la interposición de la demanda como un acto de ratificación de la sociedad actora es una aplicación correcta de la doctrina sobre la ratificación táctica que ha quedado expuesta... No es lo mismo el complemento del contrato con la firma de la administradora que no intervino en el mismo -una manifestación expresa de la conformidad de la administradora con la actuación del administrador- que la ratificación del contrato por el dueño del negocio que es la sociedad actora”

⁴¹ Adicionalmente, el precepto establece que en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general, que la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

En vista de dicha reclamación, informamos sobre la existencia de dos posibles acciones para exigir responsabilidad. Por un lado, existe la acción social de responsabilidad ⁽⁴²⁾, ejercitada por la propia sociedad perjudicada, en este caso sería Habanera, pretendiendo el reintegro al patrimonio de la sociedad los daños que hayan causado los administradores por una conducta ilícita y culpable en el ejercicio de sus funciones. Debido a que Sigaar para el momento del presunto perjuicio para Habanera artículo la condición de tercero, al no ser socio durante la materialización del supuesto daño, y debido a que el resultado de la estimación de esta acción conlleva el reintegro del daño al patrimonio social de Habanera, y no lo reintegraría al patrimonio de Sigaar, siendo este su principal interés al considerar que ha pagado de más por las acciones de Habanera, consideramos que existen pocas probabilidades de que esta concreta acción se ejercite contra el órgano de administración de Habanera.

Por otro lado, esta la acción individual de responsabilidad, prevista en el artículo 241 LSC, y constituye una modalidad particular de acción de responsabilidad por los actos de administradores que lesionen directamente los intereses de los socios y terceros ⁽⁴³⁾. El plazo de prescripción de esta acción prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse, según el artículo 241 *bis* LSC.

Por lo tanto, como parte del asesoramiento solicitado advertimos que, de demostrar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para esta acción, Sigaar podrá reclamar responsabilidad directa al órgano de administración de Habanera.

3.4) Acción de Sigaar contra Pufosa Asesores Financieros, responsabilidad de la firma de auditoría

En primer lugar, nuestro análisis debe partir del artículo 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante LAC), el cual dispone que los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las

⁴² Cuyos supuestos de aplicación están revistos en el artículo 238 LSC, la legitimación de la minoría en el 239 LSC y la legitimación subsidiaria de los acreedores en el artículo 240 LSC.

⁴³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2016 (RJ 2016/3191) recoge los presupuestos de la acción individual de responsabilidad:

“Para su apreciación, la jurisprudencia requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero (SSTS 131/2016, de 3 de marzo (RJ 2016, 801) ; 396/2013, de 20 de junio (RJ 2013, 5187) ; 15 de octubre de 2013 ; 395/2012, de 18 de junio ; 312/2010, de 1 de junio ; y 667/2009, de 23 de octubre , entre otras)».

particularidades establecidas en este precepto. Por consiguiente, la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y de las sociedades de auditoría será exigible tanto por el incumplimiento de obligaciones contractuales como por el incumplimiento de obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual, y será atribuible a los auditores de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar al desarrollar sus prestaciones profesionales, y responden tanto frente a la entidad auditada como frente a un tercero perjudicado.

El mismo precepto añade que, a los efectos de exigir la responsabilidad civil de los auditores, por terceros se entenderá cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión. Por tanto, el precepto añade una carga procesal al tercero que quiera exigir la responsabilidad civil de la firma de auditoría, siendo necesario acreditar que el perjudicado por los daños derivados del incumplimiento de la firma de auditoría actuó o dejó de actuar tomando en cuenta el informe de auditoría, siendo dicho informe un elemento primordial e idóneo para motivar su actuación o la toma de decisiones. Adicionalmente, el precepto establece que la acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribe a los cuatro años.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016 ⁽⁴⁴⁾ analiza el régimen de responsabilidad del de los auditores frente a la sociedad auditada, señalando en su fundamento jurídico tercero que la remisión que contiene el primer apartado del artículo 26 LAC ⁽⁴⁵⁾ nos lleva a las reglas del derecho privado, existiendo una vinculación contractual entre la sociedad auditada y la sociedad de auditoría y ello nos lleva a la aplicación del régimen de responsabilidad civil contractual de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y con las particularidades previstas por los artículos 271 y 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ⁽⁴⁶⁾.

En vista de ello, la sentencia señala que se trata de una responsabilidad fundada en el daño y en la culpa, donde se pretende la indemnización del daño o perjuicio causados a la sociedad

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1/06/2016 (núm. 444/2016. RJ 2016\2912)

⁴⁵ En el supuesto enjuiciado era de aplicación el artículo 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, que se encuentra derogada y, a los efectos de la argumentación expuesta en esta sección se considera aplicable a nuestro caso dado que el contenido del apartado primero del artículo 26 de la Ley de Auditoría vigente reproduce el contenido del apartado primero artículo 11 derogado, siendo idéntico.

⁴⁶ Los artículos de la Ley de Sociedades de Capital citado establecen el régimen sobre la acción que tiene la Sociedad frente al Auditor, exponiendo la legitimación de la acción social de responsabilidad el artículo 271, estableciendo que dicha legitimación se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad, lo que nos lleva al artículo 238, el cual dispone que la acción de responsabilidad se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, de tal forma que la persona legitimada para ejercer la acción de responsabilidad es la sociedad perjudicada.

como consecuencia de un cumplimiento doloso o negligente de las obligaciones del auditor. Dichas obligaciones incluyen las obligaciones legales, dado que forman parte de la prestación contractual asumida por el auditor, y otras asumidas contractualmente siempre que no sean incompatibles y porque el contrato de auditoría de cuentas que une a la sociedad con el auditor está normado legal y reglamentariamente. Por ello, las obligaciones y el modo de cumplir con ellas viene pautado por las previsiones legales acerca del objeto y alcance de la verificación de las cuentas de la sociedad y el contenido del informe. Dicha verificación queda plasmada en la opinión responsable emitida por el auditor y por las circunstancias que, en caso de concurrir, debe dejar constancia.

Seguidamente, la sentencia expone los requisitos que deben concurrir bajo el régimen de responsabilidad anteriormente descritos, siendo necesaria una actuación antijurídica, por parte del auditor, en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada; que esta conducta del auditor sea culpable, por haber actuado con dolo o culpa; la causación de un perjuicio o daño a la sociedad auditada; y una relación de causalidad entre el daño y perjuicio sufrido por la sociedad auditada y la conducta antijurídica del auditor.

Además, la resolución judicial puntualiza que la actividad que se pide del auditor es esencialmente doble: verificar y dictaminar, es decir, debe llevar a cabo una revisión de los documentos contables elaborados por los administradores de la sociedad, en el plazo convenido y con arreglo a las previsiones legales y normas técnicas de auditoría, en ello consiste su actividad de verificación. En cuanto a la actividad de dictaminar, tras la revisión de las cuentas el auditor deberá emitir un informe que deje constancia de las circunstancias relevantes, como pueden ser irregularidades relevantes detectadas, con la finalidad de establecer el grado de fiabilidad que aportan los documentos contables auditadas, viniendo obligado a emitir una opinión responsable sobre dicha circunstancia ⁽⁴⁷⁾.

Llegados a este punto, sobre la forma de cumplir las obligaciones de los auditores, la sentencia ahora analizada trae a colación lo expuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 ⁽⁴⁸⁾ exponiendo que la auditoría de cuentas tiene una finalidad empírica, la de obtener un medio que garantice, en la medida de lo razonable, que los estados financieros auditados no adolecen de inexactitudes significativas. También, que la utilidad resultante de la prestación profesional del auditor, conjunto al contenido técnico de la prestación de auditoría determinan el nivel de la exigencia según el contrato y según la ley.

⁴⁷ Resulta especialmente clarificador y relevante la siguiente afirmación expuesta en la sentencia, afirmando que:

“Ordinariamente, si en la labor de verificación se han seguido las normas técnicas, se detectarán las irregularidades relevantes para poder concluir que las cuentas auditadas no reflejan la imagen fiel de la sociedad, y se podrá dejar constancia de ello en el informe. Pero no puede concluir que los auditores asuman la obligación de detectar dichas irregularidades, y que el no haberlas detectado y reflejado en su informe determine siempre un incumplimiento contractual. Los auditores se comprometen a desarrollar la actividad de verificación con arreglo a unos parámetros, cuyo seguimiento es el que determinará a la postre el grado de cumplimiento de sus obligaciones”.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 (núm. 798/2008, RJ 2008/6042)

Por ello, aduce la sentencia de 9 de octubre de 2008 que la diligencia y pericia del auditor constituyen una regla de determinación de la exactitud del cumplimiento de la prestación por él debida y, a la vez, un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad. Ello significa que cumple el auditor su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría, lo que en muchos casos dependerá del diseño de la misma y, en definitiva, no cabe hacer responsable al auditor por no detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada, sino sólo aquellos que con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto.

En consecuencia, la sentencia de 1 de julio de 2016, concluye que la prestación de emitir un informe, con un determinado contenido, es una obligación de resultado, propia de un contrato de obra; pero en cuanto al objetivo final perseguido, avalar la fiabilidad de la información económico-contable suministrada por la sociedad y asegurar que no existen irregularidades relevantes, la obligación asumida por los auditores es de medios, consistente en llevar a cabo la revisión y verificación con arreglo a unas normas técnicas, que en condiciones normales resultan eficaces. Por lo tanto, según la resolución, el doble plano de las obligaciones asumidas por los auditores en el contrato de auditoría, es decir, distinguir entre los casos en que el auditor asume una obligación de resultado y cuando asume una obligación de medios, es una circunstancia relevante que hay que tener en cuenta al momento de valorar la responsabilidad de los auditores y de la sociedad de auditoría.

Atendiendo al supuesto analizado en este informe, la relación que une a Pufosa Asesores Financieros y a Greed Group es de naturaleza contractual, dado que del enunciado de los hechos se desprende que Greed Group es quien pone a disposición de Sigaar, para que pueda valorar y presentar su oferta económica por las acciones de Habanera, tanto el informe de revisión jurídica, realizado por sus abogados internos, como el informe de revisión financiera, realizado por Pufosa Asesores Financieros. Por tanto, Greed Group, con la finalidad de otorgar a Sigaar de forma imparcial y objetiva información sobre la situación financiera de Habanera, ofrece la posibilidad a Sigaar de elegir la firma de auditoría que Greed Group contratará para realizar el informe, eligiendo, entonces, a Pufosa Asesores Financieros. Por consiguiente, la posición jurídica que ostenta Sigaar en relación con los daños y perjuicios económicos que pueda ocasionar la actuación profesional de Pufosa Asesores Financieros es de un tercero.

Es por ello que Sigaar no puede ejercitar la acción por responsabilidad contractual contra Pufosa Asesores Financieros, quedando como alternativa acudir al régimen del artículo 1902 del Código Civil, que regula la responsabilidad extracontractual. Dicha posibilidad está prevista por el artículo 26 LAC, ya que establece que las reglas generales del Código Civil para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de los auditores de cuenta y de las sociedades de auditoría son aplicables.

La responsabilidad extracontractual es el incumplimiento de un deber general del que nace una obligación, cuya responsabilidad se hace efectiva, al igual que en las restantes obligaciones, a

través de los bienes presentes y futuros del deudor ⁽⁴⁹⁾. Dicho deber general encuentra su apoyo normativo en el artículo 1902 del Código Civil, y para que su reclamación pueda ser atendida por los Juzgados y Tribunales es necesario demostrar que se ha originado un daño derivado de una acción u omisión antijurídica en la actividad de revisión y verificación de documentos contables de la empresa que tenga por objeto la emisión del informe de auditoría y que entre la acción u omisión y el daño exista una relación de causalidad ⁽⁵⁰⁾.

Dado que no existe un contrato entre Sigaar y Pufosa Asesores Financieros, Sigaar como parte reclamante de los daños deberá atribuir la responsabilidad de los auditores con base en el incumplimiento de la *lex artis*. Ello implica que no se puede exigir al auditor que detecte todo fraude o irregularidad existente en la contabilidad de la empresa auditada, sino que ejecute su actividad profesional con la diligencia debida. Esto debe ponerse en conexión con la diferencia establecida anteriormente entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios que asumen los auditores, siendo necesario para imputar la responsabilidad civil a los auditores, que se compruebe que estos no han desarrollado su prestación conforme a los parámetros establecidos por la *lex artis ad hoc*.

En consecuencia, para que Sigaar pueda exigir la responsabilidad civil de los auditores, deberá formular una demanda de reclamación de daños extracontractuales, donde tendrá que acreditar la concreta acción u omisión antijurídica de Pufosa Asesores Financieros que ha generado un daño (patrimonial) a Sigaar, por haberse desviado e incumplido los estándares establecidos por la *lex artis ad hoc*, compuesta principalmente por las Normas Técnica de la Auditoría, siendo necesario demostrar el nexo causal entre la emisión del informe de análisis financiero con el daño alegado.

De esta manera, para determinar la responsabilidad civil extracontractual del auditor, será necesario juzgar su actuación conforme a criterios de imputación objetiva por la vulneración de la *lex artis*, y el Juez al aplicar dichos criterios, tendrá en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso que puedan romper el nexo causal. No obstante, las resoluciones judiciales citadas en esta sección reflejan que las actuaciones de terceros que contribuyen en la producción del daño producen la adecuación del *quantum* indemnizatorio de acuerdo con la efectiva aportación de cada agente al daño producido, sin que opere automáticamente la exoneración total del auditor en los casos en que terceros, como los administradores de la sociedad auditada, hayan intervenido en la generación del resultado dañoso. En consecuencia, en el hipotético caso de juzgar sobre este asunto y que el órgano jurisdiccional estime la responsabilidad civil de Pufosa Auditores Financieros, si se llegase a demostrar que los

⁴⁹ Definición acuñada por Ferrandis Vilella, J. (1958). *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones*. Anuario de Derecho Civil, págs. 115 y siguientes.

⁵⁰ Como recalca la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2016, la conducta antijurídica que determina la responsabilidad de auditores será el incumplimiento de las obligaciones incluidas en el contrato de auditoría o bien la vulneración de los principios y requisitos en los que los auditores de cuentas deben basar sus actuaciones para emitir el resultado del informe, esto es, la *lex artis*, materializada en el ámbito de los servicios de auditoría en las Normas Técnicas de Auditoría.

administradores de Habanera han contribuido al daño al falsear la contabilidad, la responsabilidad de Pufosa Auditores Financieros se verá proporcionalmente disminuida a su concreta contribución en la materialización del daño, que en este caso es el no haber detectado las irregularidades contables que los administradores llevaban a cabo en Habanera, incumpliendo así la obligación de medios de actuar conforme a la diligencia de un profesional de su sector promedio.

Sin embargo, resulta relevante advertir que el artículo 1968 CC establece el plazo de un año para ejercer la acción exigir la responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia del artículo 1902 CC, empezando a contar dicho plazo de prescripción desde que el agraviado tiene conocimiento. Por lo tanto, dado que desconocemos con exactitud el momento en que Sigaar, como hipotético agraviado, conoce del perjuicio derivado de la actuación de Pufosa Asesores Financieros, existen dos posibilidades. La primera es que Sigaar logre demostrar que se encuentra dentro del plazo para ejercitar la acción, y por tanto, su pretensión sea admitida por el órgano jurisdiccional para enjuiciarla. La segunda posibilidad es si se llegase a demostrar que Sigaar conocía de los perjuicios derivados de la actuación de Pufosa Asesores financieros hace más de un año antes de interponer su demanda de reclamación de responsabilidad extracontractual, la demanda sea inadmitida por prescripción de la acción.

3.5) Desviación de la clientela constituyente de una posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko

Para aplicar la Ley de Competencia Desleal se requiere la concurrencia de los presupuestos recogidos en sus artículos 1,2 y 3. El artículo 1 establece que la finalidad de esta ley es a protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, el artículo dos establece como presupuesto objetivo que quienes participen en el mercado, debe desplegar una conducta con fines concurrenciales, es decir, conductas idóneas y aptas, para promover las prestaciones propias o las de un tercero en el mercado, y en el artículo 3 establece como presupuesto subjetivo la aplicación de la ley a los empresarios y profesionales, y cualquier persona física o jurídica que participa en el mercado.

El artículo 4 establece como cláusula general de los actos de competencia desleal todo comportamiento que objetivamente resulte contrario a la buena fe y en los preceptos siguientes establece los tipos concretos que constituyen actos de competencia desleal. De esta forma, si los comportamientos alegados por quien se considera perjudicado por actos de competencia desleal no encuentran encaje o no tienen un tipo específico en la ley, debemos acudir a la cláusula general del artículo 4.

Por lo tanto, en vista de que la desviación de cliente no se encuentra incluida dentro de los específicos actos tipificados por la ley como actos de competencia desleal, Sigaar tendrá que demostrar que la supuesta conducta del sr. Fox consistente en la desviación de clientela es objetivamente contraria a la buena fe para que los órganos jurisdiccionales puedan reputar su conducta como un acto de competencia desleal y poder atribuir responsabilidad por ello.