

# **TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**INFORME: GREED GROUP**



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

**ICADE**

**M A D R I D**

**ÁLVARO SÁNCHEZ-MONTESINOS FERNÁNDEZ**

**MADRID, ENERO DE 2022**

<b>ÍNDICE</b>	<b>Págs.</b>
<b>A. PRIMER INFORME</b> .....	3
PREVIO. LA OPERACIÓN .....	4
1. RESUMEN EJECUTIVO .....	5
2. ESTADO DE LA SITUACIÓN .....	6
3. POSIBLES ACTUACIONES POR NUESTRA PARTE .....	8
3.1 EVENTUAL RECLAMACIÓN. RESPONSABILIDAD DE LA FIRMA DE AUDITORÍA .....	8
3.2 IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL .....	10
3.3 DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS .....	13
4. POSIBLES ACTUACIONES PARTE CONTRARIA .....	14
4.1 RECLAMACIÓN DE DAÑOS IRROGADOS POR RECLAMACIÓN POR SUPUESTO FALSEAMIENTO DE CONTABILIDAD AL VALORAR HABANERA. ....	14
4.2 RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES .....	16
4.3 ACUSACIONES VERTIDAS SOBRE USTED, DESVIACIÓN DE CLIENTELA.....	17
5. CUESTIONES A CONSIDERAR.....	18
5.1 VALORACIÓN DE LA JOINT VENTURE .....	18
5.2 MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD DE LOS ADMINISTRADORES .....	19
5.3 VALOR DEL ACUERDO DE INTENCIONES Y DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS DE CONTRATOS.....	20
5.4 PAUTAS PARA UNA VALORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS .....	23
5.5 MEDIDAS CAUTELARES.....	25
5.6 COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN ATENDIENDO A LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA.....	28
5.7 LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA .....	30
5.8 VALOR PROBATORIO DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS .....	31
5.9 PROCEDIMIENTOS A SEGUIR DE CONFORMIDAD CON LA LEC .....	33
5.10 PROPOSICIÓN DE PRUEBAS Y MEDIOS DE PRUEBA .....	37
6. DEMANDA .....	39
<b>B. SEGUNDO INFORME</b> .....	50
<b>C. REFERENCIAS</b> .....	53

**A. PRIMER INFORME**

## PREVIO. LA OPERACIÓN

Sánchez-Montesinos, S.L.  
Calle Pelayo, 28, 14F  
28004-Madrid

Sr. D. Gordon Gekko  
Calle Alcalá, 123, 1º A  
28009- Madrid,

Madrid, 4 de diciembre de 2020

Estimado Sr. Gekko,

Le agradecemos su confianza al ponerse en contacto con nuestra firma. Hemos revisado la información que nos ha transmitido y le remitimos el presente informe con la valoración de la estrategia a seguir, dando respuesta a todas sus cuestiones.

Esperamos que el presente documento cubra sus expectativas, quedando a su disposición para proceder en consecuencia con la rapidez y diligencia que requiere el caso.

Reciba un cordial saludo.

Álvaro Sánchez-Montesinos Fernández

## 1. RESUMEN EJECUTIVO

En primer lugar, realizaremos una descripción a modo de resumen donde sintetizaremos las principales respuestas a sus preguntas que serán desarrolladas a continuación en cada uno de los posteriores apartados para facilitar así la comprensión de los mismos.

El acuerdo cumple todas las características de ser acuerdo social desleal con la sociedad y habrá que indicar y fundamentar que dicho acuerdo no tenía ningún fin en beneficio del interés social, que causa un daño patrimonial a la empresa y a nuestro cliente, que no se contó con el estado económico actual de la empresa y se infringió el derecho de información al no dar ninguna razón del por qué se realizaba tal operación y que, entre otras cosas, además causó un daño patrimonial a su sociedad al pasar de ostentar un 25% del capital social a un 5%.

La ampliación de capital no responde a ningún interés real para la sociedad, sino que tiene como objetivo diluir determinadamente el peso de su sociedad en el capital social de la NEWCO en exclusivo beneficio de quien ha suscrito la citada ampliación.

Recomendamos la impugnación del acuerdo ya que la ampliación se aprobó en manifiesto conflicto con el interés social de la NEWCO, resuelto por la mayoría en interés propio y detrimento injustificado de los derechos de su sociedad.

A lo largo del informe trataremos también las posibles actuaciones por nuestra parte como la eventual reclamación de responsabilidad de la firma auditora y las posibles actuaciones de la parte contraria como la responsabilidad de los administradores y las acusaciones vertidas sobre usted.

## 2. ESTADO DE LA SITUACIÓN

A continuación, resumimos los datos más importantes en orden cronológico para determinar todos y cada uno de los puntos fundamentales donde deberemos enfatizar durante el desarrollo del informe.

Usted se ha encargado de la presidencia del Consejo de Administración de la sociedad española Greed Group, S.A., la cual experimentó ciertas dificultades de liquidez desde 2018 y, por ello, usted trató de encontrar financiación distinta a la bancaria, buscando potenciales inversores que se incorporen al accionariado de las distintas filiales del grupo.

Sigaar fue una sociedad interesada en ampliar su actividad mediante la adquisición de una participación en una de las filiales de su empresa, Habanera, S.A.U. (Habanera). Uno de los administradores mancomunados de Sigaar, el Sr. Bud Fox, le propuso la constitución de una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“Newco”), que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera, de tal forma que Sigaar tuviese una participación mayoritaria en una sociedad ajena al grupo de sociedades encabezado por Greed Group.

El contrato de Joint Venture es un modo de cooperación empresarial, un acuerdo entre empresas por el cual comparten sus capacidades sin llegar a fusionarse mediante la creación de una filial participada por las empresas con el objetivo de incrementar sus ventajas competitivas.

Tras una serie de negociaciones su empresa presenta a Sigaar un informe de revisión jurídica realizado por sus abogados internos además de un informe de revisión financiera realizado por Pufosa Asesores Financieros, estos últimos elegidos por Sigaar, para analizar los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del

negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y detallar también la previsión al cierre del ejercicio 2019.

Se firma un acuerdo de intenciones en el que se establecía una primera fase, Sigaar adquiriría el 75% de Habanera al precio fijado por el informe de valoración realizado por Pufosa Asesores Financieros. A continuación, ambas empresas constituyeron una *Newco* aportando entre las dos el 100% del capital de Habanera, de tal forma que la propiedad del capital social de *Newco* perteneciese a Sigaar en un 75% y a su empresa en un 25%.

Tras esto, el Sr. Fox puso de manifiesto que tras la toma de participación de Sigaar en Habanera se descubrieron determinadas irregularidades contables para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019 y mostró un informe financiero realizado por el departamento de Sigaar en el que se calculaba un EBITDA corregido para dicho ejercicio y se solicitó un ajuste del precio de la compraventa.

En la Junta General extraordinaria de *Newco* se adoptó la destitución de Sr. Fox como administrador único y un aumento de capital social de *Newco* por compensación de un crédito de Sigaar, quedando constancia en el acta de la junta que Greed Group votó en contra de dicho aumento considerando abusivo de la mayoría por parte de Sigaar.

Por último, Sigaar le acusa de no estar actuando diligentemente para establecer un canal de distribución online de productos de la empresa para evitar el hundimiento causado por la crisis de la pandemia, considerando oportuno despojarlo de todas sus funciones de gestión en *Newco*.

### **3. POSIBLES ACTUACIONES POR NUESTRA PARTE**

#### **3.1 EVENTUAL RECLAMACIÓN RESPONSABILIDAD DE LA FIRMA DE AUDITORÍA**

En cuanto a la responsabilidad de la firma de auditoría, su empresa además de poner a disposición de Sigaar un informe de revisión jurídica realizado por sus abogados internos, presentaron otro informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoría Pufosa Asesores Financieros, elegida por la propia Sigaar. Este informe de revisión financiera analizaba los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

A partir de estos datos que nos ha facilitado, hemos estudiado las posibles responsabilidades de esta firma de auditoría que trataremos demostrar en el caso de ser demandados e incluso la iniciativa por nuestra parte de presentar acciones contra la misma.

Hemos analizado la posibilidad de demostrar una responsabilidad civil por parte de Pufosa Asesores Financieros:

En primer lugar, encontramos en la Ley 22/2015 de 20 de julio de Auditoría de Cuentas en relación con el Código Civil, la diferenciación entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento de las obligaciones de los auditores.

La responsabilidad civil contractual se refiere al incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, en nuestro caso el contrato de prestación de servicios firmado por Pufosa Asesores Financieros, a diferencia de la responsabilidad civil



extracontractual que presupone la generación de un daño independientemente de la relación jurídica preexistente entre las partes.

Por lo tanto, Pufosa Asesores Financieros contrajeron de forma efectiva un contrato con Sigaar imposibilitando nuestra acción de exigir responsabilidad civil contractual ya que su empresa no formó parte de dicho contrato.

En este punto, una vez sabemos que la única opción es la responsabilidad civil extracontractual, tenemos que ser claros y comentar la dificultad de demostrar esta responsabilidad debido a que la Ley y la jurisprudencia exigen para su concurrencia una serie de requisitos acumulativos que podríamos demostrar como: una actuación antijurídica por parte de Pufosa Asesores Financieros al haberse encontrado posterior a su informe unas irregularidades contables, perjuicio ocasionado a su empresa proveniente de la errónea valoración de las acciones y una relación de causalidad entre el daño sufrido por Sigaar y la conducta antijurídica de Pufosa Asesores Financieros. El último requisito necesario es que la conducta de Pufosa Asesores Financieros haya sido culpable, es decir, haber actuado con dolo o culpa constituida por el incumplimiento de sus obligaciones que presentan un aspecto técnico, *lex artis*.

Por lo tanto, al tratarse de una responsabilidad subjetiva, Pufosa Asesores Financieros realiza una obligación de medios y no de resultados, por lo que si esta ha actuado diligentemente quedaría exonerada de cualquier responsabilidad civil extracontractual.

En cuanto a acreditar responsabilidad penal por parte de Pufosa Asesores Financieros, realmente son pocas las resoluciones judiciales de orden penal que se pronuncian condenando a auditores. Realizando una investigación exhaustiva tanto de la Ley como de la jurisprudencia, en todas se encuentran que el auditor es condenado por un delito de falsedad de las cuentas, éste se encontraba en pleno conocimiento de que dichas cuentas no reflejaban una imagen fiel de la sociedad, es decir, para que podamos ejercitar una

acción de responsabilidad penal habría que demostrar la actuación dolosa por parte de Pufosa Asesores Financieros.

### **3.2 IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL**

Otras de las posibles actuaciones por nuestra parte surgen del acuerdo realizado en la Junta General Extraordinaria, un aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar, el cual su compañía había votado negativamente. En este punto, valoramos la opción de llevar a cabo una impugnación de dicho acuerdo.

La impugnación de acuerdos sociales se encuentra prevista en los artículos 204 a 208 LSC. El o los socios pueden impugnar acuerdos del consejo de administración a partir de un 1% del capital social y acuerdos adoptados en junta siempre que tenga la condición de socio antes de la adopción de dicho acuerdo.

Un acuerdo puede ser impugnado por el artículo 204 cuando la conducta es reconducible al acuerdo lesivo del interés social y además cumple un precepto específico de la normativa societaria. Y si no es así, el acuerdo impugnado puede reunir los requisitos propios del abuso del derecho del artículo 7 CC.

Según el artículo 204 LSC, los acuerdos que adopten la Junta General pueden ser impugnados por una de estas tres causas: por ser contrarios a la ley; por oponerse o infringir lo establecido en los estatutos o en el reglamento de la Junta (en caso de que exista); o por lesionar el interés social ya sea en beneficio de uno o varios socios o de terceros, ya sea con abuso de la mayoría. Los examinamos a continuación:

- a) Acuerdos contrarios a la Ley.

Aunque no lo diga la LSC han de ser acuerdos contrarios a una Ley imperativa y una Ley que no queda limitada exclusivamente a la LSC, sino en general a cualquier otra del ordenamiento jurídico que se vea afectada por el acuerdo. Estos acuerdos son nulos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil.

- b) Acuerdos contrarios a los estatutos o al reglamento de la Junta (si existe). Se trata de acuerdos anulables.
  - a. Acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de varios socios o de un tercero. Respecto de este motivo de impugnación, el Tribunal Supremo ha señalado que la lesión no ha de ser necesariamente efectiva, siendo suficiente con que exista un peligro potencial de que dicha lesión se produzca; el beneficio, por su parte, no debe entenderse limitado al puramente económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional, exigiéndose que el beneficiario sea socio aunque la utilidad la reciba a través de persona interpuesta (TS 19 de febrero de 1991).
  - b. Acuerdos que lesionen el interés social en el caso de que fueren impuestos de forma abusiva. Para este supuesto prevé la LSC en su artículo 204.1.2, que “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”.
- c) Acuerdos contrarios al orden público. Están recogidos en el artículo 205.1 LSC al declarar que son también objeto de impugnación los que “por sus circunstancias, causa o contenido, resultaren contrarios al orden público”. Son acuerdos nulos y no sanables. La delimitación de estos acuerdos resulta difícil

porque el orden público de nuestro Derecho está constituido según jurisprudencia abundante, por los principios jurídicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social y resulta que esos principios muy pocas veces aparecen claramente en la Ley. Por eso, del examen de la jurisprudencia resulta que es extraordinariamente difícil que se estime por los Tribunales la concurrencia de esta causa de impugnación (TS 29 de octubre de 2008).

El acuerdo social de la Junta relativo al aumento de capital que impugnaremos en el presente procedimiento encaja en el supuesto referente a los acuerdos que lesionan el interés social impuestos de forma abusiva y previstos en el artículo 204.1.2 LSC en relación con el artículo 240.1 LSC.

El artículo 240.1 LSC, “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”.

Habrá que indicar y fundamentar que el acuerdo no tenía ningún fin en beneficio del interés social, que le causa un daño patrimonial a su empresa es decir, que el acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad, sino que persigue el interés propio y en detrimento de su empresa.

El acuerdo cumple todas las características de ser acuerdo social desleal con la sociedad y la minoría. Causa un daño patrimonial a su sociedad al pasar de ostentar un 25% del capital social a un 5%. Aun así, el artículo 204.1.2 LSC también permite la impugnación de acuerdos que no causan daño al patrimonio social pero son expropiatorios para la minoría, incrementando el capital social de manera

desproporcionada a las necesidades de la sociedad sin consentimiento de la minoría (su empresa). Además, no se contó con el estado económico actual de la empresa y se infringió el derecho de información al no dar ninguna razón del por qué se realizaba tal operación.

La ampliación de capital no responde a ningún interés real para la sociedad, sino que tiene como objetivo diluir determinadamente el peso de su sociedad en el capital social de la NEWCO en exclusivo beneficio de quien ha suscrito la ampliación.

Impugnaríamos el acuerdo ya que la ampliación se aprobó en manifiesto conflicto con el interés social de la NEWCO, resuelto por la mayoría en interés propio y detrimento injustificado de los derechos de su sociedad.

### **3.3 DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.**

Como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1988 de 21 de abril, *“la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”*.

A su vez, la propia doctrina entiende que se deben dar las siguientes circunstancias para que resulte de aplicación:

- “a) Que el acto propio haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, y por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta de quien pretende valerse en provecho propio del mismo.*
- b) Además es necesario un nexo causal entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior.*
- c) Que dicho principio puede estimarse cuando el acto o actos en que se apoye definan de modo inalterable la situación de quien los realiza y que los actos contra los que no es lícito accionar son aquellos que por su carácter transcendental o por constituir convención causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a actos que previamente hubieren creado esa relación o situación de derecho que no puede ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla”.*

Esta doctrina será de aplicación en tanto podremos alegar incumplimiento de la parte contraria de la doctrina de actos propios en el caso en que Sigaar exija responsabilidad individual de los administradores en base a las irregularidades contables cometidas, al haber sido ellos mismos quienes eligieron como firma auditora a Pufosa Asesores Financieros para la realización del informe que no reveló ninguna irregularidad contable y creó la confianza necesaria que llevó a nuestra parte a la firma de las declaraciones y garantías.

#### **4. POSIBLES ACTUACIONES PARTE CONTRARIA.**

##### **4.1 RECLAMACIÓN DE DAÑOS IRROGADOS POR RECLAMACIÓN POR SUPUESTO FALSEAMIENTO DE CONTABILIDAD AL VALORAR HABANERA.**

Con fecha 10 de marzo de 2020 en la reunión celebrada con mi cliente en Miami Beach se puso en su conocimiento la existencia de ciertas irregularidades contables en el ejercicio 2019 descubiertas como consecuencia de un informe financiero elaborado por el departamento de contabilidad de la propia Sigaar, en el que se calculaba un EBITDA menor corregido para dicho ejercicio, solicitando Sigaar, en consecuencia, el ajuste del precio de la compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido. Cabe señalar que es posible que la otra parte alegue en este punto operaciones intragrupo (artículo 42 Código de Comercio) fundamentadas en dicho incremento del EBITDA.

A continuación, vamos a abordar la posible acción civil, por parte de Sigaar, de responsabilidad contractual por incumplimiento de las declaraciones y garantía suscritas por vuestra compañía en el contrato y también la posible demanda penal por falseamiento contable.

En cuanto a la acción civil de responsabilidad contractual por incumplimiento de las declaraciones y garantías suscritas, fue Sigaar quien tras su toma de participación en Habanera descubrió determinadas irregularidades contables para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, mostró un informe financiero realizado por su departamento interno en el que se calculaba un EBITDA corregido para dicho ejercicio y acto seguido solicitó un ajuste del precio de la compraventa.

Las opciones que tendrá Sigaar será la de presentar una acción de reajuste del precio y la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.

Ante estas circunstancias, dependiendo del camino que tome Sigaar, plantearíamos y optaríamos por la mejor actuación. Los hechos de los que partimos son la existencia de tres informes efectuados con anterioridad al realizado por el departamento interno de Sigaar los cuales coinciden entre sí. De ellos, el primero de estos informes fue elaborado por los abogados internos de su empresa y puesto a disposición de Sigaar para que ésta

podiese presentar su oferta económica por las acciones de Habanera. El segundo informe se presenta junto al anterior, informe de revisión financiera realizado por la firma de reconocido prestigio en España, Pufosa Asesores Financieros, escogida por el propio Sigaar. Este informe analizaba los estados contables y los principales ratios económicos y financieros de negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

Por lo tanto, en principio basaríamos nuestra defensa en que fue a raíz del informe anteriormente citado por el que Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA para el ejercicio 2019. Además, también estudiaremos la posibilidad de incluir en nuestra defensa el plazo de vigencia de 12 meses de las declaraciones y garantías por parte de Greed Group contenidas en los contratos de la operación sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera. Los contratos de la operación se formalizaron el 20 de diciembre de 2019 por lo tanto la cláusula de declaraciones y garantías expirará el 20 de diciembre de 2020, si Sigaar presenta la acción con posterioridad a esta fecha límite, nuestra parte alegaría la inexistencia de cualquier incumplimiento contractual.

Una vez tratada la acción civil, la acción penal de falseamiento contable se encuentra recogido en el artículo 290 del Código Penal, delito de falsedad contable. Nuestra defensa se basará en la inexistencia de una falsificación de las cuentas apoyándonos en las similitudes de los informes que ya hemos comentado, Pufosa Asesores Financieros y experto independiente.

#### **4.2 RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.**

Sigaar puede presentar acciones legales exigiendo la responsabilidad de los administradores de su compañía en cuanto a las irregularidades contables en la valoración del EBITDA encontradas por el departamento interno de la propia Sigaar.



El órgano de administración de su empresa tiene la obligación de formular las cuentas anuales de la sociedad de una forma clara y mostrando la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la empresa.

Además, el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital expone que serán los administradores quienes responderán frente a la sociedad, socios y acreedores sociales, del daño que causen por actos y omisiones contrarios a la ley o estatutos o por los realizados, incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

Es decir, Sigaar probablemente exigirá responsabilidad de sus administradores intentando demostrar que estos no desempeñaron sus deberes inherentes a su cargo con la diligencia debida tratando de probar que medió dolo y mala fe para que Sigaar presentase su oferta económica por las acciones de Habanera.

Por nuestra parte, deberemos construir una defensa basada en que la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y resultados de la sociedad no se encontraron alteradas en ningún momento puesto que el informe financiero realizado por Pufosa Asesores Financieros y el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por el experto independiente, ambos arrojaron un resultado similar al de los administradores de su compañía.

#### **4.3 ACUSACIONES VERTIDAS SOBRE USTED, DESVIACIÓN DE CLIENTELA.**

En cuanto a las acusaciones vertidas sobre su persona, encontramos que a partir de mayo, Sigaar considera despojarle de forma injustificada de todas sus funciones de gestión en Newco basando sus acusaciones en que usted no actúa diligentemente para establecer un canal de distribución online de los productos de la empresa para evitar el

hundimiento de las ventas causadas por la crisis de la pandemia, añadiendo que tienen la sospecha de que ha montado un negocio paralelo desviando clientela.

Una vez estudiada la situación, la desviación de clientela se enmarca en una actuación de competencia desleal, la cual radica de la Ley de Competencia Desleal. Esta Ley en su artículo 14 en relación con el artículo 4, define que para existencia de tal desviación de clientela deberá apreciarse competencia desleal que requiere a su vez de acompañarse de circunstancias tales como engaño, y mala fe.

Para nuestra defensa estas acusaciones serán muy difíciles de demostrar según la información que nos ha planteado, por lo tanto, nos basaríamos en que estas suposiciones son del todo inciertas e infundadas, no existiendo ningún elemento o documento que así lo pudiese acreditar.

## **5. CUESTIONES A CONSIDERAR**

### **5.1 VALORACIÓN DE LA JOINT VENTURE**

Como hemos comentado anteriormente, el contrato de Joint Venture, es un modo de cooperación empresarial, un acuerdo entre empresas por el cual comparten sus capacidades sin llegar a fusionarse, mediante la creación de una filial participada por las empresas con el objetivo de incrementar sus ventajas competitivas.

En su caso, esta operación conllevaba la creación de una compañía de nueva constitución (NEWCO) participada. Esta operación creemos que debe realizarse persiguiendo una serie de ventajas, es decir, se lleva a cabo principalmente buscando un aumento de productividad y competitividad en el mercado, un reparto en el riesgo al participar ambas empresas en el mismo proyecto y por último poder compartir el *know-how*.

Nuestro equipo considera que siempre antes de llevar a cabo una operación como ésta, se debe realizar un estudio exhaustivo determinando las ventajas generales y las concretas del sector o la empresa y aún más importante si cabe, estudiar las posibles problemáticas que puedan darse, desde la más posible a la más remota. Entre las problemáticas generales suelen darse respecto a compartir el *know-how* y la pérdida de autonomía. Acto y seguido realizaríamos un trabajo dirigido a las soluciones que deberíamos llevar a cabo en el caso de que se nos presentara cualquiera de estos problemas y así detectar cuáles podrían ser solventados y cuáles no.

A partir de aquí, consideramos que el procedimiento llevado a cabo por su compañía y Sigaar se realizó correctamente, pero también aconsejamos que para futuras operaciones realicen un estudio más exhaustivo de la operación, referido a la creación de planes de actuación a la aparición de cualquier problemática.

## **5.2 MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

Es necesario distinguir a qué persona o personalidad jurídica fundamentaremos la demanda para saber si debemos realizar una o varias.

El Sr. Fox fue designado administrador único de Newco dejando la gestión diaria en manos de nuestro cliente ocasionando un incumplimiento de las obligaciones como administrador único.

Los artículos 225 a 232 LSC están dedicados a regular los deberes de los administradores, artículos que, salvo el artículo 231 han sido objeto de nueva redacción por la Ley para el Gobierno Corporativo de diciembre de 2014. En dichos artículos se regula el contenido de dos deberes esenciales de carácter genérico: el deber de diligencia y el deber de lealtad.

El deber de diligencia comprende la obligación de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario cuyo contenido lo integran cuatro obligaciones específicas: la obligación de dedicación, la de adoptar las medidas precisas para el buen gobierno de la sociedad, la de exigir de la sociedad toda la información que estime necesaria para el cumplimiento de sus funciones y la de actuar con buena fe, es decir sin interés personal en el asunto y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

El deber de lealtad comprende la obligación de desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante cuyo contenido desarrolla la Ley a través de una serie de obligaciones y prohibiciones específicas.

- Entre las obligaciones citamos la de buena fe, la de guardar secreto y la de evitar situaciones de conflicto de interés.

Las obligaciones antedichas tienen carácter imperativo y, consecuentemente, no serán válidas las disposiciones estatutarias que las limiten.

- Y entre las prohibiciones: la de competencia activa con la sociedad, la de usar el nombre social, los activos sociales o la información confidencial en operaciones privadas y la de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

En base a lo expuesto, el señor Fox será el responsable del incumplimiento de los dos deberes esenciales de carácter genérico anteriormente descritos. Llegado el momento exigiremos por tanto su responsabilidad correspondiente como consecuencia del incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo.

### **5.3 VALOR DEL ACUERDO DE INTENCIONES Y DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS DE CONTRATOS**

A continuación, trataremos la validez del acuerdo de intenciones firmado el 15 de noviembre de 2019 para así poder apoyarnos en él y demostrar que ambas partes se encontraban informadas de los términos esenciales de la operación como es la fórmula de la determinación de las acciones y el período de validez de las declaraciones y garantías.

El acuerdo de intenciones es práctica habitual como apertura de negociaciones que lleven a cabo una auditoría externa. La realización de esta actividad pertenece a la fase precontractual, consiste en un documento previo que invita a la otra parte a iniciar conversaciones sobre un posible y futuro objeto de negociación (declaración de voluntad de comienzo de negociaciones).

La doctrina y jurisprudencia han demostrado que pueden ser documentos de carácter no vinculante, que no producen compromiso a culminar las negociaciones y por el contrario, de carácter vinculante.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio, cito textualmente:

*“El acuerdo de intenciones al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima, sin que su libertad contractual se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza”.*

Vemos cómo esta sentencia define las cartas de intenciones como tratos preliminares que obligaría a las partes debido a que dicho documento detallaba con mucha precisión el objeto, estableciendo entre otros el precio y las condiciones de venta.

En contraposición, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril, la cual determina que el acuerdo de intenciones “...no es más que un acuerdo para una futura transmisión, que no han perfilado con el detalle mínimo que sería preciso para ser considerado algo más, jurídicamente, que tratos preliminares, puesto que el objeto no está perfectamente determinado”.

En el caso que nos ocupa, el 15 de noviembre de 2019 ambas partes firmaron un acuerdo de intenciones en el que se describían los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, entre ellos la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir de 24 meses. Además, se establecía la estructura de la operación; en una primera fase Sigaar adquiriría el 75% de Habanera al precio fijado por el informe de valoración que realizado por Pufosa Asesores Financieros y posteriormente su empresa y Sigaar constituirían Newco aportando entre las dos el 100% del capital de Habanera de forma que el capital social de Newco perteneciera en un 75% a Sigaar y en un 25% a Greed Group.

A lo anterior expuesto, podemos afirmar que el acuerdo de intenciones se rige del principio de buena fe y que la obligación aparece cuando concurre consentimiento objeto y causa sin que, por otro lado, tenga que finalizar en contrato debiendo ser por razones justificadas y sin contravenir la buena fe. En principio este acuerdo de intenciones sería plenamente vinculante ya que en él se detalla con mucha precisión el objeto, el precio y estructura de la operación entre otros.

#### Declaraciones y garantías del contrato

Las declaraciones y garantías presentadas por su empresa con vigencia de 12 meses versaban sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, es decir, una afirmación directa de un hecho o circunstancia determinada.

Las declaraciones y garantías sirven como mecanismo de aseguramiento para el comprador en el caso en que el vendedor no haya revelado información cierta sobre la compañía, debiendo responder este frente al comprador aun no siendo consciente de la falsedad de su declaración.

#### **5.4 PAUTAS PARA UNA VALORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS**

A continuación, detallaremos la obligación de indemnizar a su empresa dado que, aun siendo conscientes de la dificultad de demostrar un daño patrimonial, nos podremos apoyar en la existencia de una lesión al interés social al imponerse de manera abusiva por la mayoría.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, *“El daño que se causó al demandante consistió en impedir que este, mediante el ejercicio de su opción de compra, adquiriese las participaciones que suponían la mayoría del capital social, que era la consecuencia natural del ejercicio de su opción de compra si no se hubiera realizado un aumento de capital anómalo y sin atender a la satisfacción del interés social”*.

El artículo 236 LSC dispone que ante la conducta desleal de los administradores, estos “responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones (...) realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”.

El artículo 227.2 “La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”.

Cabe aclarar que para que el administrador incurra en responsabilidad, este ha debido de actuar de forma dolosa o culpable. Es decir, que el administrador tuviera pleno conocimiento de estar incurriendo en una situación de conflicto de intereses siendo presumida culpa cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. El Sr. Fox tenía pleno conocimiento tras todos los informes presentados con anterioridad a la firma del acuerdo, también de la discrepancia por parte de su sociedad puesta de manifiesto en la reunión del 10 de marzo de 2020, discrepancia que queda reforzada en los correos electrónicos que mantiene usted con el Sr. Fox en los cuales, usted muestra su disconformidad reiterando que no iban a consentir las acusaciones vertidas contra Greed Group por las supuestas irregularidades en el cálculo del EBITDA.

El artículo 232 LSC reconoce que las acciones de indemnización de daños y devolución de enriquecimiento como compatibles con las demás acciones disponibles en el ordenamiento para hacer frente a comportamientos que infrinjan este deber. Dice el artículo 232 LSC: “el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”.

La obligación de indemnización no solamente consiste en reparar el daño, sino que también se debe devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto resultado de la conducta contraria al interés social. Tras el acuerdo de aumento de capital social de Newco en la junta general extraordinaria celebrada el 27 de abril de 2020, Greed Group, a pesar de votar en contra de dicho acuerdo, pasó de ostentar un 25% del capital social a un 5%.

En el caso que nos ocupa, al ser complicado demostrar un daño patrimonial en su sociedad, viene a colación el artículo 240.1 LSC, el cual dicta que también existirá lesión al interés social cuando el acuerdo, aun cuando no causa un daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría, es decir, sin responder a una



necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Este acuerdo fue impuesto de manera abusiva por la mayoría, produciendo una lesión al interés social debido a que dicho acuerdo fue adoptado sin necesidad razonable de la sociedad en interés propio de Sigaar y en detrimento injustificado para su sociedad.

## 5.5 MEDIDAS CAUTELARES

En este apartado dedicaremos gran atención a la solicitud de medidas cautelares para poder paralizar el acuerdo en el menor tiempo posible para garantizar el proceso principal y que no haya producido toda su eficacia y efectos que más tarde sean irreparables.

A modo de asegurar la efectividad del proceso, nuestro Ordenamiento Jurídico dispone la herramienta de medidas cautelares. Las características básicas de estas se encuentran recogidas en el artículo 726 LEC; instrumentalidad, temporalidad y aseguramiento de la eficacia de la sentencia.

Para que se cumplan los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares será necesaria la coincidencia de los siguientes aspectos:

**La apariencia de buen derecho o Fumus boni iuris**, *“presentar con la solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. En defecto de justificación documental, deberá ofrecer otros medios de prueba”* Artículo 728 2 LEC.

**Periculum in mora**, artículo 728.1 LEC, plantearemos el riesgo existente de pérdida de eficacia de la sentencia debido a que con el tiempo empleado puede poner en riesgo la garantía del proceso de tal manera que el acuerdo pudiera producir efectos de imposible o dificultosa restitución.

**Caución**, artículo 728.3 LEC, presentaremos garantía de los posibles daños que se pudieran ocasionar si la resolución judicial deviene ineficaz o se desestima.

Una de las opciones que hemos barajado es la de presentar las medidas cautelares por el artículo 35 Bruselas I Bis, REGLAMENTO (UE) N.º 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (en adelante BIBis) ante los Tribunales del lugar donde se encuentren los bienes objeto de embargo (embargo preventivo) aunque ese Tribunal no haya conocido del fondo del asunto. La razón por la que seguiríamos esta estrategia procesal en Holanda sería por economía procesal, si la solicitamos en España hay que reconocerla en Holanda.

*“Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto.”* Artículo 35 BIBis.

Otra opción parte del artículo 730.2 LEC, que permite solicitar las medidas cautelares con carácter previo a la demanda principal si acreditamos “razones de urgencia y necesidad”. De esta forma la demanda tendríamos que presentarla ante el mismo Tribunal dentro de los 20 días siguientes a su adopción. Si no cumplimos este tiempo, se procede de oficio al alzamiento de las medidas y nos condenarían en costas e indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por las medidas.

Sin embargo, por temas de efectividad y experiencia, aconsejamos como estrategia a llevar a cabo, presentar las medidas cautelares de manera conjunta ante el Tribunal de Valencia, lo que nos proporciona el beneficio de la ventaja de “efecto sorpresa” sobre la otra parte.

Presentaríamos medidas cautelares inaudita parte, artículo 733.2 LEC, alegando urgencia y necesidad de garantizar el proceso principal en base a que no tendría ninguna razón anular un acuerdo cuando este ya haya producido toda su eficacia y efectos que imposibiliten o dificulten la reparación.

*“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.”* Artículo 733.2 LEC

Cabe resaltar que tendríamos la opción de solicitar medidas cautelares durante y a la finalización del proceso, artículo 730.4 LEC, que permite la solicitud posterior a la demanda debiendo justificar las circunstancias y los hechos de tal solicitud en ese momento.

En definitiva, formularíamos la solicitud de suspensión del acuerdo, artículo 726.10º LEC, de forma clara y con precisión justificando tal y como dispone el artículo 733.2 LEC.

*“La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el*

*momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.” Artículo 726.10 LEC.*

Contra la suposición de Sigaar de que usted está desviando clientela, actuaremos en razón de la posibilidad de que ellos también soliciten medidas cautelares del mismo modo que nosotros. Es posible que centren el ámbito en la competencia desleal, nosotros alegaremos una falta de justificación del “periculum in mora” ya que la posible demanda por su parte, o reconvencción, no podrá apoyarse ni desarrollarse en base a esta competencia desleal, lo que provocará la desestimación por parte del Tribunal.

## **5.6 COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN ATENDIENDO A LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA**

Debemos realizar un estudio exhaustivo a la hora de determinar el órgano competente para conocer del asunto y la forma de actuación a las diferentes situaciones que se nos pueden presentar ya sea a raíz de nuestra demanda o de la parte contraria para que no resulte en desestimación de la demanda por falta de competencia o tener clara la manera de actuar una vez seamos demandados.

En cuanto a la competencia a la hora de demandar o ser demandados, debemos tener en cuenta el ya nombrado Reglamento BIBis. El contrato se perfecciona entre una sociedad española y una sociedad holandesa, en atención al artículo 24.2 BIBis:

*“Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación:*

*2) en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica esté*

*domiciliada; para determinar dicho domicilio, el órgano jurisdiccional aplicará sus normas de Derecho internacional privado”.*

Ambas partes establecen en una cláusula del contrato válido de pleno derecho, por la cual los Juzgados y Tribunales de Valencia serán competentes para todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos. Por lo tanto, esta competencia será exclusiva, sumisión expresa, artículo 25 BIBis, ergo nuestra demanda se presentaría ante el Tribunal español.

*“Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse.”* Artículo 25 BIBis.

Si Sigaar no comparece, se suspende el procedimiento, el Tribunal comprueba la notificación (REGLAMENTO (CE) N°1393/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n°1348/2000 del Consejo si está bien practicada conoce en rebeldía y si no está bien practicada la notificación vuelve a mandarla y si sigue sin comparecer, el Tribunal conocerá en rebeldía porque tiene competencia jurídica internacional por sumisión expresa válido.

Si Sigaar nos demanda ante Tribunal holandés, este puede conocer si nosotros comparecemos y nos defendemos, sumisión tácita artículo 26 BIBis. Sin embargo nosotros compareceríamos e impugnaríamos alegando sumisión expresa en España, el Tribunal suspendería el procedimiento, comprobaría que el contrato es válido y no podría conocer.

La jurisprudencia más actual está diferenciando entre sumisión expresa exclusiva, por la que en este caso solo puede conocer Tribunal español, y sumisión expresa no exclusiva, por la cual, si el Tribunal en el que se demanda encuentra otro foro, podría conocer. En relación a lo anterior, si se tratase de sumisión expresa no exclusiva y nosotros no compareciéramos, el Tribunal holandés suspendería el procedimiento para comprobar la notificación, siendo una estrategia que, aún ganando tiempo, se arriesga a que si este Tribunal verifica que fue correctamente notificado, cabe la posibilidad de que encuentre otro foro por el que sí pueda conocer.

En definitiva, si Sigaar demanda ante Tribunal holandés; nosotros compareceríamos e impugnaríamos alegando sumisión expresa en España.

## **5.7 LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA**

Para la determinación de la legitimación activa y pasiva, en primer lugar, habrá que determinar la existencia de causa atributiva de la legitimación activa, esto es que el sujeto que reclama sea el titular de las peticiones o derechos que invoca en la demanda. Y, en segundo lugar, establecer dichas peticiones o derechos frente a un verdadero perturbador o desposeedor, causante del daño, legitimación pasiva.

La fundamentación se encuentra enmarcada en el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse la indefensión de la parte.

El artículo 10 de la LEC señala: “*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”.

Para ello, por nuestra parte, deberemos acreditar la legitimación activa aportando la documental oportuna y el cumplimiento de los “presupuestos de la legitimación” o presupuestos procesales: “*los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido en el fondo mediante una sentencia estimatoria*”.

## **5.8 VALOR PROBATORIO DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS**

Dada la existencia de una cadena de correos electrónicos vamos a describir el procedimiento a seguir para que puedan ser un medio de prueba efectivo.

Dentro del proceso, el valor probatorio de las comunicaciones electrónicas atiende a los principios generales de aplicación para documento privado como medio de prueba. El modo de presentación de este tipo de prueba, documentos privados, viene recogido en el artículo 268 LEC. La autenticidad de este tipo de pruebas suele ser impugnada dada la facilidad y la accesibilidad para manipularlas.

El artículo 326 LEC dicta que los documentos privados harán prueba plena en el proceso cuando su autenticidad no haya sido impugnada por la parte a quien perjudique. Si se origina la impugnación, será el que haya presentado el documento privado quien podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba útil y pertinente al efecto. Si tras este cotejo no se deduce la autenticidad del documento, será el tribunal quien lo valore conforme al artículo 334 LEC.

Jurisprudencialmente no nos debemos preocupar de violar los derechos fundamentales que afectan al secreto de las comunicaciones o al derecho a la intimidad, ya que en confidencialidad ha quedado claramente constatado que cuando se produce el envío del correo electrónico deja de pertenecer al emisor.

Los documentos digitales han de aportarse en el medio original como documento electrónico, esto es CD, USB..., indicando el ordenador o servidor de donde proceden.

También conjuntamente habrá que aportar la prueba en soporte documental impreso. El Tribunal Supremo permite certificar electrónicamente por un prestador de servicios de certificación los mails para garantizar la integridad y autenticidad de la comunicación certificada.

La acreditación del correo tiene que conocer los siguientes datos: emisor, equipo o servidor entrante y saliente, la fecha y hora de envío y recepción. Además, por el artículo 268 LEC pondríamos a disposición del órgano judicial el equipo informático para que sea posible un análisis si existiera impugnación de parte.

En suma, protocolizaríamos notarialmente los correos electrónicos y también acudiríamos al Acta de Presencia notarial que dará fe y constatará la existencia de un determinado soporte de los datos esenciales de la comunicación.

Lo último será aportar un dictamen pericial artículo 335 y ss LEC que supone introducir en el proceso un medio de prueba que permite incorporar al procedimiento una cualificada forma de acreditar en principio los elementos esenciales de la comunicación electrónica aportada, así como la autenticidad de la misma, aunque obviamente pueda resultar impugnada y contradicha y, en definitiva, valorada con arreglo también a las normas de la sana crítica (artículo 348 LEC).



Incluiremos por tanto los correos electrónicos como prueba de que el Sr. Fox y Newco tenían pleno conocimiento de la disconformidad en cuanto a la corrección del EBITDA.

## **5.9 PROCEDIMIENTOS A SEGUIR DE CONFORMIDAD CON LA LEC**

A continuación, procedemos a describir el procedimiento a seguir de conformidad con la LEC para que usted tenga pleno conocimiento del mismo.

Como hemos dicho se trata de un procedimiento ordinario que se desarrollará en virtud de lo dispuesto en los artículos 399 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **1. Demanda y posible acumulación de acciones.**

El procedimiento parte de la demanda (art. 399 LEC) en la que quedarán consignados los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, además del domicilio y residencia en que pueden ser emplazados. Así como quedarán expuestos de forma numerada y separada los hechos y fundamentos de derecho fijándose con claridad y precisión lo que se pida. Junto a la designación del actor se mencionará el nombre y apellidos del procurador y del abogado que intervengan.

Se expresarán los hechos de forma clara y ordenada, así como los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con aquellos y se formularán valoraciones o razonamientos sobre los mismos si resulta conveniente para el derecho del litigante.

En los fundamentos de derecho se incluirán además de los que se refieren al fondo del asunto, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de las mismas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se sustancia la demanda, así como cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.

Las peticiones cuando sean varios los pronunciamientos que se pretendan se expresarán con la debida separación. Además, deberá constar el lugar y fecha de la demanda y las firmas del Abogado y Procurador que intervengan.

Según el artículo 401 LEC, antes de la contestación a la demanda puede ampliarse esta última para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados. En este caso el plazo para la contestación a la demanda se contará desde el traslado de la ampliación de la misma. Añade el artículo 402 LEC que el demandado podrá oponerse en la contestación a la demanda a dicha acumulación pretendida cuando no se ajuste a lo dispuesto en los artículos 71 y ss. de la LEC. En caso de que tenga lugar esta oposición quedará resuelta en la audiencia previa al juicio.

Los documentos que deben acompañar a la demanda aparecen contenidos en los artículos 264 y ss. LEC, son:

- 1.- Poder notarial conferido al Procurador siempre que la representación no se otorgue “apud acta”.
- 2.- Los que acrediten la representación que el litigante se atribuya.
- 3.- Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento.
- 4.- Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial.
- 5.- Los medios e instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos y cifras, si en ellos se fundaren las pretensiones de tutela formuladas por las partes.

6.- Las certificaciones y notas sobre cualesquiera asuntos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.

7.- Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de poder anunciar dichos dictámenes cuando no puedan aportarlos o de solicitar la designación de peritos por el tribunal.

8.- Los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados sobre hechos relevantes en que las partes apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos si no fueran reconocidos como ciertos se practicará prueba testifical.

Cuando la demanda no se acompañe de los documentos que la Ley expresamente exige para su admisión, no será admitida a su tramitación tal y como dispone el artículo 403.3 LEC.

## **2. Admisión de la demanda, emplazamiento al demandado y plazo para la contestación.**

Mediante decreto y una vez examinada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia la admitirá y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de 20 días. Sin embargo, el Letrado de la Administración de Justicia dará cuenta al Tribunal para que decida sobre la admisión en caso de que estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal; si la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Letrado de la Administración de Justicia o si fuesen de aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. En el supuesto de ser de aplicación los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, la resolución de la admisión de la demanda corresponderá a la Comisión Nacional de la Competencia.

## **3. Contestación y forma de contestación a la demanda. Reconvención.**

Según el artículo 405 LEC, en la contestación a la demanda quedarán expuestos los fundamentos de oposición del demandado respecto a las pretensiones del actor, manifestará así mismo su oposición a la acumulación de acciones expresando sus razones. También en la contestación de la demanda, el demandado podrá allanarse a alguna de las pretensiones de la parte demandante y aducir las excepciones procesales que tenga por conveniente.

Al contestar a la demanda, artículo 406.1 LEC, el demandado podrá por medio de reconvencción formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Solo se admitirá si existe conexión entre sus pretensiones y las que son de objeto de la demanda principal. Según el apartado 3 y 4 del mismo artículo la reconvencción se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo establecido en el artículo 399 LEC para la demanda siéndole también de aplicación lo dispuesto en el artículo 400 LEC. En caso de reconvencción, esta podrá ser contestada por el reconvenido en el plazo de 20 días desde su notificación.

#### **4. Audiencia Previa.**

El artículo 414.1 LEC dispone que una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, el Letrado de la Administración de Justicia en los tres días siguientes convocará a las partes a una Audiencia que se celebrará en el plazo de 20 días desde la convocatoria. En esta audiencia se intentará, en primer lugar, un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso. Si las partes no llegan a un acuerdo se examinarán o se procederá a examinar las cuestiones procesales, la fijación precisa del objeto del proceso, así como los extremos, de hecho y de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y en su caso, proponer y admitir la prueba.

#### **5. Señalamiento del Juicio y Juicio.**

Acorde al artículo 429.2 LEC, una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, el Tribunal procederá a señalar la fecha del juicio que deberá celebrarse en el plazo de un

mes desde la conclusión de la Audiencia Previa. Sin embargo, en caso de que la única prueba admitida fuese la de documentos y estos ya se hubiesen aportado al proceso sin haber sido impugnados o cuando se hallan presentado informes periciales y ni las partes ni el Tribunal soliciten la presencia de los peritos en el juicio, el Tribunal podrá dictar sentencia sin previa celebración del juicio, dentro de los 20 días siguientes a aquel en que termine la Audiencia (artículo 429.8 LEC).

Respecto al juicio, el artículo 431 LEC establece que tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Una vez practicadas las pruebas, se formularán las conclusiones sobre estas.

#### **6. Sentencia.**

A ella se refiere el artículo 434 LEC en cuyo apartado 1 establece que se dictará dentro de los 20 días siguientes a la terminación del juicio, no obstante, el apartado 2 de este mismo artículo dispone que si dentro del plazo para dictar sentencia se acordasen diligencias finales quedará en suspenso el plazo para dictar aquella.

A estas diligencias finales se refiere el artículo 435 LEC que recoge los supuestos en que se considera procedente acordar su práctica, así como el artículo 436 LEC que fija el plazo para la práctica de las mismas.

Finalmente, el apartado 2 del artículo 436 LEC añade que una vez transcurrido el plazo otorgado a las partes para presentar el escrito en que resuma y valore el resultado de la práctica de las diligencias finales, el plazo de 20 días para dictar sentencia volverá a computarse.

### **5.10 PROPOSICIÓN DE PRUEBAS Y MEDIOS DE PRUEBA**

En este apartado propondremos las pruebas que creemos conveniente presentar para apoyar la posible demanda.

Aportaríamos los correos electrónicos y el acta de la reunión de día 10 de marzo de 2020. En ambos queda constancia la disconformidad por parte de su empresa con las acusaciones de Sigaar sobre las irregularidades contables cometidas por parte de Habanera para incrementar el EBITDA.

Además, incluiremos el acta de la junta general extraordinaria de la Newco celebrada el 27 de abril de 2020, la cual recoge que su empresa votó en contra del aumento de capital al considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar.

## 6. DEMANDA

### AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA

Don (nombre y apellidos del Procurador) de los Tribunales, Procurador/a de los Tribunales adscrito al Ilustre Colegio de Procuradores de Barcelona, actuando en nombre y representación de la mercantil Greed Group, S.A., según acredito mediante copia de la escritura de poder general para pleitos que acompaño al presente escrito como **Documento nº 1**, bajo la dirección Letrada de Don Álvaro Sánchez-Montesinos Fernández con número de colegiado 0000000, comparezco ante el Juzgado y como mejor proceda en derecho, **DIGO**:

Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**, contra NEWCO, con C.I.F. XXXXXXXXX, con domicilio social en C/ Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona, CP 08019, en base a lo establecido en los artículos 200.1, 204, 205, 206, 207.2 y 208 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), y con base a los siguientes

### HECHOS

**PRIMERO.- ANTECEDENTES:** Greed Group, sociedad española con objeto social: fabricación y comercialización de productos para caballeros. Consejo de administración: Presidencia Don Gordon Gekko. Esta sociedad buscaba potenciales inversores que se incorporaran al accionariado de las filiales del grupo, entre ellas Habanera, S.A.U. (Habanera) Alicante, sociedad española dedicada a la importación de cigarrillos habanos directamente desde Cuba.

**SEGUNDO.- ANTECEDENTES:** En el mes de septiembre de 2019, el Sr. Bud Fox, administrador mancomunado de Sigaar BV, propuso a mi defendido: Constitución de una Joint Venture mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (Newco) que por motivos fiscales fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera y Sigaar tuviese una participación mayoritaria en una sociedad ajena al grupo de sociedades encabezado por Greed Group.

Greed Group presenta a Sigaar un informe de revisión jurídica (Vendors Due Diligence) realizado por abogados internos de Greed Group, que reflejaba la situación legal de Habanera para que así presentara la oferta económica. Se adjunta como **Documento n° 2**, informe Vendors Due Diligence.

Junto con este **informe se presenta otro de revisión financiera** realizado por una firma de auditoría de prestigio en España y que había sido elegida por Sigaar: **Pufosa Asesores Financieros**. Se analizaba los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019. Se adjunta como **Documento n° 3**. Con respecto a este informe, Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a 8 veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio de 2019.

**TERCERO.- NEGOCIACIONES:** 15 de noviembre, las partes firman el acuerdo de intenciones en el que se describían los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses. Se adjunta como **Documento n° 4**.

**CUARTO.- FASES:** Primera Fase: Sigaar adquiriría el 75% de Habanera al precio fijado en el informe de Pufosa. Segunda Fase: Greed Group y Sigaar constituirían la



Newco aportando en las dos el 100% del capital de Habanera de forma que la propiedad del capital social de Newco perteneciese a Sigaar en un 75% y a Greed Group en 25%. El informe de valoración de las aportaciones no dinerarias, realizado por el experto independiente, arrojó un resultado similar al contenido en el informe elaborado por la firma de auditoría Pufosa Asesores Financieros. Se adjunta como **Documento nº 5**. Tercera Fase: el 20 de diciembre de 2019, Greed Group y Sigaar procedieron a lo previsto en el acuerdo de intenciones. Se formalizó entre Sr. Gekko y Sr. Fox y se elevó a público ante notario. Contenía declaraciones y garantías por parte de Greed Group con vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera. Se estableció una cláusula por la que todas las cuestiones y litigios serían en Valencia.

**QUINTO.-** La sociedad mercantil Newco fue constituida el 20 de diciembre de 2019, mediante escritura autorizada ante el notario de xxxx D. xxxx bajo el número de su protocolo xxxx. Se acompaña como **Documento nº 6**, copia de la misma con sello de registro.

El domicilio social de Newco se encuentra en Barcelona, según resulta de la escritura fundacional, manifestándose también que es el centro de sus intereses principales, dado que las oficinas centrales y desde ellas se administra la sociedad de forma permanente y pública.

**SEXTO.-** El órgano de administración de la compañía se compone por el Sr. Bud Fox, que fue designado administrador único, dejando la gestión diaria en manos de mi defendido.

**SÉPTIMO.-** El 10 de marzo de 2020 representantes de Sigaar y de Greed Group se reúnen en Miami Beach. El Sr. Fox puso de manifiesto que tras la toma de participación

de Sigaar en Habanera se descubrieron **irregularidades** contables cometidas a su juicio por Habanera:

Para incrementar el EBITDA en el ejercicio 2019, para que le resultara un mayor precio por sus acciones, el Sr. Fox mostró un **informe financiero realizado por el departamento de Sigaar**, el cual corregía el EBITDA de ese ejercicio en 771.460 euros. Se solicitó un ajuste del precio de compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido. Representantes de Greed Group se negaron rotundamente disconformes con el informe interno de Sigaar.

**OCTAVO.- E-MAILS:** El Sr. Fox envió a mi defendido una serie de correos electrónicos subidos de tono, continuando con las acusaciones citadas anteriormente. Mientras el Sr. Gordon Gekko negaba dichas acusaciones dejó claro que no iba a consentirlas al ser totalmente infundadas. Se adjuntan como **Documento nº 7.**

**NOVENO.-** En fecha 27 de abril de 2020, el órgano de Administración de la entidad acordó aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar. Acompañamos como **Documento nº 8** el acta de la Junta en la que quedó expresado que Greed Group, accionista minoritario de Newco, votó en contra del aumento de capital por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar, Siendo el aumento de capital realizado con ánimo de diluir sustancialmente su participación en Newco. Sigaar tras la ampliación de capital, controla el 95% del capital.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Es competente la jurisdicción civil conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 36 de la LEC.

La competencia territorial corresponde a los Juzgados con sede en Valencia, localidad en donde expresaron sumisión expresa, art. 25 BIBis.

**SEGUNDO.- CAPACIDAD PROCESAL Y LEGITIMACIÓN:** Conforme a los artículos 6.1.1 de la LEC, tienen capacidad para ser parte las personas físicas, y a tenor de los artículos 7.1 de la LEC, capacidad de obrar procesal, aquéllas mayores de edad no incapacitadas. Mi representado está legitimado activa y pasivamente para intervenir en la litis en base al art. 6.1.1 de la LEC, y tiene legitimación activa conforme al art. 10 de la LEC.

El demandante tiene legitimación para intervenir en el proceso según lo establecido en el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

**TERCERO.- POSTULACIÓN Y DEFENSA:** En cumplimiento de lo establecido en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte comparece representada por Procurador y dirigida por Letrado.

**CUARTO.- PROCEDIMIENTO:** Conforme a lo preceptuado en el artículo 207.1 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), en relación a lo establecido en el artículo 249.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), la presente solicitud seguirá los trámites establecidos para el JUICIO ORDINARIO.

**QUINTO.- FONDO:** La presente demanda se interpone por los siguientes motivos:

1. Impugnación del acuerdo social por el que se aprueba un aumento de capital social en fecha 27 de abril de 2020, de forma injustificada y arbitraria, cuya finalidad persigue conseguir la dilución en la participación social que ostenta Greed Group.

Según el artículo 204 LSC, los acuerdos que adopte la Junta General pueden ser impugnados por una de estas tres causas: por ser contrarios a la ley; por oponerse o infringir lo establecido en los estatutos o en el reglamento de la Junta (en caso de que exista), o por lesionar el interés social ya sea en beneficio de uno o varios socios o de terceros, ya sea con abuso de la mayoría.

En este caso, se trata de un acuerdo que lesiona el interés social al imponerse de forma abusiva. Para este supuesto prevé la LSC en su artículo 204.1.2, que *“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”*.

Un acuerdo puede ser impugnado por el art. 204 LSC cuando la conducta es reconducible al acuerdo lesivo del interés social y además cumple un precepto específico de la normativa societaria. Y si no es así, el acuerdo impugnado puede reunir los requisitos propios del abuso del derecho del artículo 7 CC.

El acuerdo cumple todas las características de ser acuerdo social desleal con la sociedad y la minoría.

El acuerdo social de la Junta relativo al aumento de capital que impugnamos en el presente procedimiento encaja por tanto en el supuesto referenciado; acuerdos que lesionan el interés social impuesto de forma abusiva y previstos en el artículo 204.1.2 LSC en relación con el artículo 240.1 LSC.

El artículo 240.1 LSC, *“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”.*

El acuerdo no tiene ningún fin de mejora ni es conveniente para el interés social, sino que causa un daño patrimonial a Greed Group y a nuestro cliente. El acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad, sino que persigue el interés propio y en detrimento de la empresa de nuestro defendido.

La Newco estaba configurada de tal forma que un 75% pertenecía a Sigaar y un 25% a Greed Group. Tras la Junta General Extraordinaria Sigaar pasa a ostentar un 95% de la Newco, denotándose así de forma evidente un abuso de mayoría seguido de falta de información sin que el fin sea la mejora del interés social ni responder a una necesidad razonable de la sociedad sino persiguiendo el interés propio en detrimento de la empresa de nuestro defendido.

A todo esto, el acuerdo causa un daño patrimonial a Greed Group al pasar de ostentar un 25% del capital social a un 5%. Aun así, el artículo 204.1.2 LSC también permite la impugnación de acuerdos que no causan daño al patrimonio social pero son expropiatorios para la minoría, incrementando el capital social de manera desproporcionada a las necesidades de la sociedad sin consentimiento de la minoría (Greed Group). Además no se tuvo en cuenta el estado económico actual de la empresa y se infringió el derecho de información al no dar ninguna razón del por qué se realizaba tal operación.

La ampliación de capital no responde a ningún interés real para la sociedad, sino que tiene como objetivo diluir determinadamente el peso de la sociedad de mi defendido en el capital social de la *NEWCO* en exclusivo beneficio de quien ha suscrito la ampliación (Sigaar).

Por lo tanto, fundamentamos la impugnación del acuerdo social de la Junta General por el que se aumenta el capital social, en base a que es injustificado y arbitrario, siendo la finalidad que persigue conseguir la dilución en la participación social que ostenta Greed Group.

2. El Sr. Fox fue designado administrador único de Newco dejando la gestión diaria en manos de nuestro cliente ocasionando un incumplimiento de las obligaciones como administrador único.

Fundamentaremos la presente acusación apoyándonos en los artículos 225 a 232 LSC, dedicados a regular los deberes de los administradores. En dichos artículos se regula el contenido de dos deberes esenciales de carácter genérico: el deber de diligencia y el deber de lealtad. Nuestra demanda al Sr. Fox se funda en el incumplimiento de ambos deberes inherentes a su cargo.

El deber de diligencia comprende la obligación de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario cuyo contenido lo integran cuatro obligaciones específicas: la obligación de dedicación, la de adoptar las medidas precisas para el buen gobierno de la sociedad, la de exigir de la sociedad toda la información que estime necesaria para el cumplimiento de sus funciones y la de actuar con buena fe, es decir sin interés personal en el asunto y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

El deber de lealtad, comprende la obligación de desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante cuyo contenido desarrolla la Ley a través de una serie de obligaciones y prohibiciones específicas.

Entre las obligaciones citamos la de buena fe; la de guardar secreto; y la de evitar situaciones de conflicto de interés.

Las obligaciones antedichas tienen carácter imperativo y, consecuentemente, no serán válidas las disposiciones estatutarias que las limiten.

Y entre las prohibiciones: la de competencia activa con la sociedad, la de usar el nombre social, los activos sociales o la información confidencial en operaciones privadas y la de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

Exigimos por tanto la responsabilidad correspondiente como consecuencia del incumplimiento de los deberes inherentes a su condición de administrador único de la sociedad que comprende los deberes de diligencia y lealtad antedichos.

**SEXTO.- PLAZO.** Se formula la presente demanda en tiempo y forma conforme a lo preceptuado en el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), en el que se establece la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.

**SÉPTIMO.- COSTAS.** Conforme al art. 394 de la LEC, las costas serán impuestas a aquella parte cuyas pretensiones sean totalmente rechazadas, por lo que deberán imponerse al demandado, si se opusiere.

**OCTAVO.-** Por el principio **IURA NOVIT CURIA** se tengan en cuenta todos aquellos fundamentos legales y jurisprudenciales, citados y no citados en el presente escrito, que resulten necesarios al tribunal para la resolución del caso.

Por lo expuesto,

**AL JUZGADO SUPLENTE:** Que habiéndose presentado este escrito, junto con el justificante de traslado que lo acompaña, se sirva admitirlo, tenga por interpuesta la

presente **DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**, contra **NEWCO**, con C.I.F. XXXXXXXXX, con domicilio social en C/ Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona, CP 08019, en base a lo establecido en los artículos 200.1, 204, 205, 206, 207.2 y 208 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), y se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acuerdo de ampliación de capital.

**OTROSÍ DIGO PRIMERO:** Que de conformidad con lo previsto en el artículo 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vengo a solicitar sin oír a la parte contraria la adopción de la siguiente medida cautelar: suspensión del acuerdo social impugnado, artículo 727.10.

Y ello por cuanto en el presente caso existen las siguientes circunstancias de especial urgencia que justifican la adopción de la medida: garantizar el proceso principal en base a que no tendría ninguna razón anular un acuerdo cuando este ya haya producido toda su eficacia y efectos que imposibiliten o dificulten la reparación.

**SUPLICO AL JUZGADO:** que de conformidad con el artículo 733.2 acuerde la **ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS**, consistente en la suspensión del acuerdo social impugnado sin oír a la parte contraria.

**OTROSÍ DIGO SEGUNDO** que en este escrito se han intentado cumplir los requisitos exigidos en la Ley y, en caso de haber cometido algún defecto involuntario, solicitamos se acuerde de conformidad con el art. 231 de la LEC, su subsanación en la forma y el plazo que la Ley determine a tal fin, por lo que al Juzgado.

**SUPLICO AL JUZGADO** que tenga a bien admitir a trámite esta solicitud y actúe en sus méritos.



**SUPLICO AL JUZGADO** que tenga por propuestos los medios de prueba que dejo expresados y actúe en sus méritos.

Es justicia que pido en Barcelona, a 26 de diciembre de 2020.

Firma Abogado/a Firma Procurador/a

## **B. SEGUNDO INFORME**

## **RECONVENCIÓN O CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.**

En este apartado le vamos a presentar distintos supuestos que pueden darse a lo largo del caso explicando brevemente posibles caminos a seguir según vayan ocurriendo los acontecimientos.

En cuanto a la posible contestación y reconvencción frente a nuestra acción de impugnación del acuerdo social de aumento de capital por compensación de crédito, Sigaar, por su parte responderá a la demanda reivindicando que se cumplieron todos los requisitos para la ampliación de capital a lo que nosotros deberemos atender para futuros escritos.

En suma, intentarán demandarnos por las supuestas irregularidades contables cometidas por Habanera para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, basándose en el informe que realizó el departamento de contabilidad de Sigaar y que el Sr. Fox utilizó para pedir ajuste del precio de la compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido.

Nuestra estrategia entonces partirá de dejar claro que este último informe no se corresponde con los tres efectuados con anterioridad, que por contra sí coinciden entre sí. De entre ellos, el primer informe de revisión jurídica fue elaborado por los abogados internos de Greed Group y puesto a disposición de Sigaar para que ésta pudiese presentar su oferta económica por las acciones de Habanera. El segundo informe se presenta junto al anterior, informe de revisión financiera realizado por la firma de reconocido prestigio en España, Pufosa Asesores Financieros, escogida por el propio Sigaar. Este informe analizaba los estados contables y los principales ratios económicos y financieros de negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

Fue Sigaar quien, a raíz del informe anteriormente citado, ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA para el ejercicio 2019. Por tanto, aceptó el acuerdo y accedió al pago de la cuantía referenciada en dichos informes, cuantía que además coincidió con la que reflejó el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por el experto independiente presentado en la firma de acuerdo de intenciones.

El informe que presenta Sigaar con fecha 10 de marzo de 2020 y al que hará referencia, es posterior a los anteriores informes aceptados expresamente por la misma y realizado por su departamento de contabilidad. Pondremos de manifiesto la dudosa credibilidad y validez acerca de dicho informe puesto que al ser realizado por un departamento que forma parte de la estructura interna de la propia empresa perseguirá sus mismos fines y compartirá sus mismos intereses, por lo que entendemos que un informe elaborado por este departamento siempre irá a favor de la sociedad a la que pertenece sin perjudicarla en ningún caso.

### C. REFERENCIAS

- Auto, Tribunal Supremo Sala Primera, recurso 855/2010.
  
- BOE núm. 7. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
  
- BOE núm. 161. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
  
- BOE, reglamento (UE) núm. 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
  
- Bravo, A. La responsabilidad de los auditores: Una profesión de alto riesgo.  
<https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/global/spain/La-responsabilidad-de-los-auditores>
  
- Colmenares Uribe, C, El Proceso de la Estructura Monitoria, Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre, Primera Edición. 2011.
  
- Iberley. La impugnación de acuerdos sociales.  
<https://www.iberley.es/revista/impugnacion-acuerdos-sociales-125>
  
- Marín, H. Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones. 01/02/2009.  
<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4426--concepcion-y-eficacia-de-las-letters-of-intent-los-memoranda-of-understanding-y-los-acuerdos-de-intenciones-i/>

- Noticias Jurídicas. Tribunal Supremo: los correos electrónicos sí son prueba documental válida.  
<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15592-tribunal-supremo:-los-correos-electronicos-si-son-prueba-documental-valida/>
  
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sec. 3ª) de 2 de mayo de 2003.
  
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de enero de 2016, sobre las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral.
  
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de lo Civil, 3626/1998 de 3 de junio.
  
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de lo Civil, 3063/2000 de 11 de abril.
  
- Sentencia del Tribunal Supremo 3140/2016, de 1 de julio (48/2014).
  
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de lo Civil, 410/2018 de 14 de febrero.
  
- Sentencia del Tribunal Supremo 688/2019, 4 de marzo de 2020.
  
- Wolters and Kluwer. Contrato.  
[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAUMjA1NLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAcbPFnjUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAUMjA1NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAcbPFnjUAAAA=WKE)
  
- Wolters and Kluwer. Medidas cautelares en Derecho Procesal.  
[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAUNjI3MztlLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA9xEBzzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAAUNjI3MztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA9xEBzzUAAAA=WKE)

- Wolters and Kluwer. Responsabilidad mancomunada.

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTAzNLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAj8a8UDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTAzNLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAj8a8UDUAAAA=WKE)