



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

MÁSTER DE DERECHO DE LA EMPRESA

OPCIÓN B

CURSO ACADÉMICO 2020/2021

AUTOR: DAVYD YATSKIV

APELLIDOS/NOMBRE TUTOR:

Valiente Martínez, Francisco

Madrid, enero de 2021

INDICE

INDICE	1
INFORME PARA GREED GROUP.....	3
1. Estrategia y contenido de la demanda de Greed Group.	3
1.1.- Cuestiones procesales a considerar:	3
I. Petición de medidas cautelares por parte de Greed Group.	3
II. Competencia y jurisdicción conforme a la cláusula de sumisión expresa.	6
III. Legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo.	7
IV. Procedimiento judicial a seguir para impugnar el acuerdo de aumento de capital.	9
V. Proposición de pruebas y medios de prueba.....	9
1.2. Cuestiones materiales a considerar:	11
I. Valoración de la Joint Venture para la demanda de impugnación.....	11
II. Valor del acuerdo de intenciones y de los contratos para la demanda de impugnación. ...	12
III. Opresión de la minoría en Newco mediante la injustificada ampliación de capital.	13
IV. Valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisdicción civil.	16
V. Contenido del Suplico al Juzgado de la demanda de impugnación.....	18
2. Estrategia y contenido para neutralizar posibles acciones judiciales por parte de Sigaar.....	18
2.1. Cuestiones procesales a considerar:	18
2.2. Cuestiones materiales a considerar:	19
I. Responsabilidad de la auditora Pufosa Asesores Financieros.	19
II. Valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por el experto independiente...	21
III. Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar.....	22
IV. Mancomunidad y solidaridad de los administradores.....	23
V. Doctrina de los actos propios.....	25

VI. Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados.....	26
DEMANDA SOBRE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES	27
INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN	41
BIBLIOGRAFÍA	43

INFORME PARA GREED GROUP

En el presente informe, se analizan las diversas alternativas estratégicas que podría tomar Greed Group frente a los diferentes sucesos acontecidos tras haber constituido una *Joint Venture* con la mercantil Sigaar, BV, mediante la creación de una nueva sociedad denominada “Newco”.

En estas alternativas estratégicas, se plantean diferentes posibilidades de iniciar acciones judiciales, así como neutralizar acciones judiciales ejercitadas por Sigaar, BV. A continuación, se procede a desarrollar el presente informe dividido en dos bloques, divididos en subapartados para una mejor comprensión por parte de nuestro cliente.

1. Estrategia y contenido de la demanda de Greed Group.

1.1.- Cuestiones procesales a considerar:

I. Petición de medidas cautelares por parte de Greed Group.

Según la información aportada por Greed Group, observamos que se han opuesto a la ampliación de capital en la mercantil Newco por compensación de un crédito de Sigaar. Concretamente en el acta de la junta, el motivo de oposición indicando por Greed Group, es el ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar. En caso de que llevarse a cabo esta ampliación de capital, Greed Group vería diluida su participación en la Newco de forma considerable.

Para impugnar este acuerdo de ampliación de capital, se deberá iniciar, el procedimiento de impugnación, el cual da inicio mediante demanda, conforme al art. 206 de la Ley de Sociedades de Capital, (en adelante, LSC). Tendrán legitimación los socios que representen al menos el uno por ciento del accionariado conforme al primer apartado de este artículo. Por otro lado, el apartado tercero de este mismo artículo indica que la acción de impugnación deberá de ejercitarse contra la sociedad, en este caso Newco, por lo tanto, la demanda debe ir dirigida contra esta última. En cuanto a las cuestiones procesales, de este procedimiento civil, desarrollaremos sus características en ulteriores apartados.

Ahora bien, ya que la resolución de un procedimiento judicial conlleva un tiempo prolongado hasta que se obtenga una sentencia estimatoria y esta devenga firme, es necesario asegurar el resultado del futuro proceso. Es por ello que debemos solicitar medidas cautelares, estas medidas son reguladas por el legislador en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (en adelante LEC), concretamente en el Título VI de esta ley.

En el art. 721 LEC el legislador indica que la solicitud de estas medidas debe de realizarse a instancia de parte y nunca se acordarán de oficio por el Tribunal. Por ello, es importante tener en cuenta esta última cuestión, ya que, si por parte de Greed Group no se promueve la solicitud de medidas cautelares, podrían verse afectadas las pretensiones de su demanda.

Las medidas cautelares que se suelen acordar en esta materia suelen ser la suspensión del acuerdo social de aumento del capital y la anotación preventiva de la demanda. Hay que tener en cuenta, que las medidas cautelares deben de cumplir las características que prevé el legislador en el art. 726.1. LEC:

- Las medidas cautelares deben de conducir a la posible efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de tal modo que durante el proceso judicial no se impida o se dificulte la efectividad de este derecho constitucional.
- No haya otra medida igualmente eficaz, que posibilite la efectividad de la tutela judicial del demandante y sea menos gravosa para el demandado.

Ahora bien, con la suspensión del acuerdo social se persigue evitar que el acuerdo pueda producir efectos de tal forma que cuando se dicte una sentencia declarando la nulidad del acuerdo social ya no sirva porque sus efectos ya se han producido. En el listado de medidas cautelares específicas, recogido en el art. 727 LEC, la 10ª medida es la que más se asemeja, no obstante, debemos indicar que este listado es *numerus apertus*, por lo tanto, la medida cautelar que deseamos que se lleve a cabo no tiene por qué ser idéntica a las de este listado. Así también, debemos indicar que Greed Group, cumple con el requisito necesario para solicitar la suspensión de acuerdos sociales referida en el anterior artículo, ya que ostenta más del uno por ciento del capital social de Newco.

En cuanto al momento, en el que se tiene que determinar el porcentaje de participaciones que ostenta el socio para tener legitimidad para solicitar la suspensión de acuerdos sociales conforme al art. 727 10ª LEC, el Tribunal Supremo señala en su jurisprudencia STS de 30 de enero de 1996 dispuso que *“en el caso de la acción de impugnación de un acuerdo social, sólo puede ejercitarla el accionista o el que tenga interés legítimo, en el momento de tal ejercicio, es decir, de interponer la demanda; no el accionista que lo fue en su día en el momento en que se tomó el acuerdo. Este ha sido el criterio de esta Sala que lo ha expresado en dos Autos de la misma fecha, de 11 de junio de 2001 en sendos recursos de casación números 2574/1996 y 2216/1997, confirmados por Autos que desestimaron los respectivos recursos de súplica, de 17 de julio de 2001 y, asimismo, en el Auto dictado en el recurso de casación 3971/1996 de 5 de diciembre de 2001”*.

Por todo ello, entendemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se decanta a exigir el requisito que concurra el requisito legitimador en el momento en el que se ejercite la acción¹. Por ello, en el caso de Greed Group, se tendrá en cuenta el cinco por ciento de participación que le queda tras la ampliación de capital de Newco.

En cuanto a la anotación preventiva de la demanda, el objetivo de esta anotación es hacer público frente a terceros la existencia de la demanda, para que estos no puedan alegar su desconocimiento. Esta medida cautelar, viene recogida en el art. 727 5ª LEC, de esta forma se puede solicitar la inscripción de la demanda en el Registro Mercantil (en adelante, RM) del domicilio social de la Newco en Barcelona.

Por otro lado, debemos indicar que las medidas cautelares deben cumplir también con lo dispuesto en el art. 728 LEC, esto es:

¹ ARRIBAS HERNÁNDEZ, A. *“Boletín de Mercantil El Derecho, 1 de marzo de 2010”*, Madrid, El Derecho.

- **Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*):** Este requisito viene recogido en el art. 728.1 LEC, la concurrencia de *periculum in mora* implica que, en caso de no adaptarse las medidas cautelares referidas a las pretensiones de la demanda, durante la pendency del proceso, se podrían dar situaciones que impidan o dificulten la tutela judicial que pudiese ser otorgada en una eventual sentencia estimatoria. Este requisito se fundamenta principalmente en la dilación temporal en el desarrollo del proceso judicial.

En la solicitud de medidas cautelares, por parte de Greed Group, habría que justificar este requisito indicando para cada medida cautelar el cumplimiento de este requisito. Una de las justificaciones que puede aducir, es que la ampliación de capital en la Newco supone una serie de consecuencias jurídicas irreversibles para el socio minoritario, como son, por ejemplo, que su participación en la sociedad pasa de ser un 25% del accionariado a ser del 5%, lo cual supone un detrimento de sus derechos políticos, económicos dentro de la sociedad y derecho de la información en la junta en base al art. 197 LSC.

- **Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*):** Este requisito viene recogido en el art. 728.2 LEC, el legislador exige la concurrencia del preceptivo *fumus boni iuris*, sin este requisito el Tribunal no otorgará la tutela cautelar. Ahora bien, este requisito requiere que el actor aporte justificación suficiente que revele, aunque sea de modo indiciario, que el derecho que se trata de ejercitar en el litigio vaya a merecer un juicio favorable. Esta justificación no tiene que entrar en el fondo de la pretensión de la demanda, únicamente hay que justificar que la pretensión que se ejercita, tiene la suficiente solidez como para motivar la concesión de medidas cautelares.

Sobre la apariencia de buen derecho, debemos indicar la STS 360/2018 de 12 de febrero de 2018, donde el Alto Tribunal indica la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en las AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997 donde señala:

“la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general,[...] cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito”.

Para demostrar la existencia de *fumus boni iuris* en las medidas cautelares que se solicitan por parte de Greed Group, creemos que es conveniente indicar lo siguiente (i) el acta de la junta del acuerdo de ampliación de capital donde Greed Group, donde se indica que ha votado en contra del aumento de capital por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar. (ii) indicar que el acuerdo de ampliación de capital no responde a una necesidad razonable de la sociedad, sino que

se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de Greed Group, siendo por ello un acuerdo impugnabile en base al art. 204.1 LSC.

- **Caución:** El legislador en el art. 728.3 LEC, contempla la necesidad de que el solicitante de la medida cautelar, en este caso Greed Group, deberá prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de medidas cautelares pudiera causar al demandado, en este caso la sociedad Newco.

Ahora bien, la caución conforme al art. 529. 3 LEC *“podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.”*

En cuanto al momento para solicitar las medidas cautelares, el legislador, en el art. 730 LEC, en el apartado primero de este artículo indica que las medidas cautelares se solicitarán con la demanda principal, no obstante, en el apartado segundo el legislador prevé que se puedan solicitar medidas cautelares antes de la demanda siempre y cuando se alegue y se acredite razones de urgencia y necesidad. En el presente caso, debemos de indicar que Greed Group tiene un plazo de un año para impugnar el acuerdo del aumento de capital de la sociedad Newco, conforme al art. 205 LSC. Así también, indicamos que este plazo comienza a computar desde la fecha 27 de abril de 2020, momento en el que tuvo lugar el acuerdo de la junta general para ampliar el capital.

Por último, debemos indicar que el legislador en el art. 730.4 LEC, indica la posibilidad de solicitar medidas cautelares posteriormente a la presentación a la demanda o pendiente de recurso, no obstante, se tiene que justificar el motivo de por qué se solicitan en dicho momento.

En el caso que analizamos, creemos que lo mas conveniente para Greed Group es presentar las medidas cautelares junto con la demanda. A no ser que hubiese justificación suficiente para demostrar urgencia o necesidad.

II. Competencia y jurisdicción conforme a la cláusula de sumisión expresa.

En cuanto a la competencia y jurisdicción para resolver el litigio entre Greed Group y Sigaar, observamos que, en los contratos firmados por ambas partes, se ha fijado una cláusula de sumisión expresa, por la cual todas las cuestiones que se deban de resolver entre las partes mediante litigio, se sustanciarán ante los Juzgados y Tribunales de Valencia.

La sumisión procesal, es una figura del proceso civil, encargada de configurar la competencia territorial. Dentro de la competencia territorial, se encuentran las denominadas normas o criterios de atribución, los denominados “fueros legales”.

Ahora bien, los fueros legales, pueden ser imperativos, estos se caracterizan porque excluyen la disponibilidad de las partes sobre la competencia territorial, es decir, las partes no pueden acordar cuales serán los Juzgados y Tribunales territorialmente competentes para conocer de un litigio derivado de su acuerdo. Los fueros legales que son imperativos, los encontramos en los arts. 52 y 54.1 de la LEC.

Por otro lado, se encuentran los fueros legales no imperativos, estos fueros se determinan por la aplicación de los arts. 50 a 51 LEC. Ello supone que aquellos fueros que no son imperativos son disponibles, por lo tanto, las partes pueden acordar a que Juzgados y Tribunales someter los litigios que surjan entre ellos.

Ya que en el presente caso el objeto del litigio es la impugnación del acuerdo social por el cual se amplía el capital social por compensación de un crédito de Sigaar. Hemos analizado si el fuero de la impugnación del acuerdo social es imperativo o no y hemos llegado a la conclusión de que es imperativo, ya que el legislador así lo indica en el art. 52.1. 10º LEC de la siguiente forma:

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

Por lo tanto, serán competentes para conocer de la demanda de impugnación del acuerdo social de ampliación de capital que presente Greed Group contra Newco, los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Barcelona. Ya que la mercantil Newco tiene su domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona.

De esta forma, la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Valencia, no tiene validez, para el presente litigio.

Por último, debemos indicar que ostentarán la competencia objetiva para conocer la impugnación de acuerdos sociales, los Juzgados de lo Mercantil, conforme al art. 86 ter Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. Legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo.

En este apartado se analiza la legitimación activa de Greed Group y la legitimación pasiva de la mercantil Newco. Es importante que las partes estén legitimadas ya que, de lo contrario, sin alguno de estos presupuestos procesales, se vicia de nulidad todo el procedimiento. En primer lugar, definiremos brevemente el concepto de legitimación, para ello recurriremos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde en su STS 260/2012, de 30 de abril define la legitimación de la siguiente forma:

“constituye un presupuesto procesal susceptible de examen previo al del conocimiento del fondo del asunto en tanto que, incluso siendo acogible la pretensión –si se abstrae de la consideración del sujeto actuante- la misma no ha de ser estimada cuando quien la formula no puede ser considerado como “parte legítima”. En todo caso, la existencia o inexistencia de la legitimación viene determinada por una norma procesal (artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ha de ser considerada de oficio por el órgano jurisdiccional y su reconocimiento no lleva consigo la atribución de derechos subjetivos u obligaciones materiales, sino que como enseña la más autorizada doctrina, coloca o no al sujeto en la posición habilitante para impetrar la aplicación de la ley a un caso concreto mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional”.

Ahora bien, debemos de indicar que la denominación “legitimación” desde la entrada en vigor de la LEC, recoge íntegramente dos manifestaciones de la legitimación, ya que tradicionalmente existía una dualidad respecto del concepto de legitimación dado que se distinguía entre *legitimatio ad causam* y *legitimatio ad procesum*. El sentido de estas

manifestaciones es, por un lado, *legitimatio ad causam*, facultad que ostenta un sujeto para activar un proceso por la relación material que ostenta con el derecho que se ejercita, ahora bien, puede ser titular o estar habilitado para ejercitar un derecho ajeno. En el caso de Greed Group, observamos que, dado que es socio de la mercantil Newco, ostenta el derecho a impugnar el acuerdo de ampliación de capital en base al arts. 93 c) y 206.1 LSC. Por otro lado, la mercantil Newco, también cumple con la *legitimatio ad causam*, ya que el legislador prevé que las acciones de impugnación de acuerdos sociales deben de dirigirse contra la sociedad.

En cuanto a la otra manifestación de la legitimación, *legitimatio ad procesum*, esta manifestación indica que aparte de ostentar la *legitimatio ad causam*, el sujeto debe ostentar la capacidad procesal, esto es aptitud para comparecer en el juicio. Para ello debemos acudir a los arts. 6 y 7 LEC, donde el legislador indica los requisitos para ser apto. En el caso de Greed Group, observamos que cumple con el requisito recogido en el art. 6. 1. 3º LEC y conforme al art. 7.4. LEC dado que se trata de una persona jurídica, deberá de comparecer en juicio mediante su representante legal. En el caso de la mercantil Newco, se observa que cumple también con los requisitos de aptitud en base a los mismos artículos de la LEC que Greed Group, dado que ambas partes son personas jurídicas y deberán comparecer en el juicio mediante sus respectivos representantes legales.

Ahora bien, tras la entrada en vigor de la LEC, ambas manifestaciones de la legitimación se unieron en el art. 10 LEC, tal como se ha indicado en la definición que le da la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente referida.

Tras haber analizado la legitimación de las partes, podemos determinar que Greed Group ostenta la legitimación activa para ser demandante en el proceso. Además, respecto a la legitimación activa queremos indicar que la doctrina constitucional, en relación al apartado primero del artículo 24 de la Constitución Española, donde se recoge el derecho a la tutela judicial efectiva requiere que se interpreten las leyes procesales en lo referente a la legitimación activa por parte de los jueces y tribunales “*en sentido amplio y no restrictivo*” así lo indica la sentencia del Tribunal Constitucional 219/2012, de 26 de noviembre de 2012. Así también debemos indicar que el legislador en el art. 206.1 LSC, indica que están legitimados para impugnar los acuerdos sociales, los socios que tengan al menos el uno por ciento del capital, requisito que cumple Greed Group.

En cuanto a la legitimación pasiva de la mercantil Newco, se ha podido determinar que ostenta la legitimación pasiva tanto material como procesal conforme al art. 206.3 LSC, donde el legislador prevé que las acciones de impugnación deberán de dirigirse contra la sociedad, esto es en el presente caso, contra Newco. Por lo tanto, puede ser parte demandada en la demanda de impugnación del acuerdo social de ampliación de capital.

Por otro lado, debemos analizar la posibilidad de que haya litisconsorcio pasivo. Previamente a analizar dicha posibilidad, de forma breve definiremos esta figura jurídica regulada por el legislador en el art. 12.2 LEC. Donde el legislador indica:

“Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.”

De esta definición proporcionada por el legislador, podemos determinar que el litisconsorcio pasivo es la posibilidad de señalar en la demanda a varios demandados, sin embargo, el

legislador indica dos cuestiones que tenemos que tener en especial cuenta que, por un lado, el legislador indica que el litisconsorcio puede depender del objeto del litigio y también que la figura del litisconsorcio puede no darse por indicación expresa del legislador en la ley.

Trasladando esta definición al caso que analiza el presente informe, debemos de recordar como se ha mencionado anteriormente, que la legitimación pasiva la ostenta únicamente la sociedad de la que se impugna el acuerdo, en este caso Newco. Por lo tanto, no existe la posibilidad de que Greed Group emplee la figura jurídica del litisconsorcio pasivo contra la mercantil Newco junto al socio Sigaar que votó a favor del aumento de capital ni contra el administrador único el Sr. Fox que promovió el acuerdo de aumento de capital. Así lo indica la sentencia SAP de Madrid de 24-9-2012 (JUR 2012/358275).

No obstante, tanto el socio como el administrador afectados por la impugnación del acuerdo, *“pueden intervenir en el proceso, pero ello no determina que necesariamente deban ser llamados al proceso, ya que no existe un nexo común, inescindible, homogéneo y paritario, configurador de una comunidad de riesgo”*, así lo indica la STS de 15 de enero del año 2013 (RJ 2014/1264).

Por todo ello, podemos concluir, que no es viable la posibilidad de emplear por parte de Greed Group la figura jurídica del litisconsorcio pasivo frente a la sociedad Newco, al socio Sigaar y el administrador Sr. Fox, en una posible demanda de impugnación del aumento de capital.

IV. Procedimiento judicial a seguir para impugnar el acuerdo de aumento de capital.

En cuanto al procedimiento judicial que se debe de seguir para impugnar el acuerdo social, el legislador en el art. 207.1 LSC indica que el procedimiento judicial a seguir para impugnar un acuerdo social es el trámite del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la LEC. De igual forma en el art. 249.1. 3º LEC el legislador indica que las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales pertenecen al ámbito del juicio ordinario. Dado que es una materia reservada para los Tribunales de lo Mercantil conforme al art. 86. ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, serán los encargados de conocer y resolver el litigio.

Ahora bien, el procedimiento de juicio ordinario se iniciará mediante demanda firmada el Abogado y con obligatoria representación procesal ejercida por un Procurador conforme al art. 399 LEC.

V. Proposición de pruebas y medios de prueba

En este apartado se analiza la proposición de pruebas y medios de prueba, para ello previamente debemos de indicar que le corresponde a Greed Group la carga de la prueba de los hechos que sustentan las pretensiones que ejercita. Por lo tanto, las pruebas que se propongan deberán justificar la pretensión de Greed Group, que el acuerdo de aumento de capital se ha llevado a cabo existiendo un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar.

Tal como se ha indicado en otros apartados del presente informe, para demostrar la existencia de abuso de la mayoría en la adopción del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos, se ha acudido al art. 204.1 LSC, concretamente a su párrafo segundo el legislador literalmente indica:

“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.”

Con este párrafo el legislador introdujo con la Ley 31/2014, de 31 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, una subcategoría nueva dentro de los acuerdos contrarios al interés social, es son, los acuerdos abusivos, como es el presente acuerdo de aumento de capital en la Newco.

Con esta modificación, el legislador indica que pueden existir acuerdos abusivos que, no obstante, no van contra el interés social de la sociedad ni suponen un detrimento al patrimonio social de esta, inclusive pueden ser beneficiosos. Sin embargo, si no responden a una necesidad razonable de la sociedad, podrían llegar a calificarse como acuerdos abusivos.

De esta forma observamos que la determinación de si es abusivo un acuerdo por esta vía, se realiza conforme a las circunstancias de cada sociedad y el uso de conceptos indeterminados.

Por lo tanto, todas las pruebas y medios de prueba que sean utilizados por Greed Group deben ir dirigidas a demostrar la inexistencia de la necesidad razonable para la sociedad de realizar la ampliación de capital por compensación de créditos.

Ahora bien, en cuanto a los medios de prueba, el legislador en el art. 299 LEC, indica los que se pueden emplear en juicio. A continuación, indicaremos las pruebas que consideramos convenientes para la estrategia procesal de la demanda de nuestro cliente, Greed Group.

- Como medio de prueba documental, creemos conveniente que se aporten los contratos de la operación firmados ante notario con fecha 20 de diciembre de 2019. Dado que, mediante el acuerdo de intenciones y los contratos suscritos, los socios de la Newco, Sigaar y Greed Group, crearon esta sociedad, fruto de la constitución de una *Joint Venture*. Por lo tanto, el objeto de la Newco es el desarrollo conjunto de una actividad económica respetando el objetivo definido en la *Joint Venture*.

Analizaremos en profundidad las características de la *Joint Venture*, así como el valor probatorio de los contratos de la operación firmados, en el apartado relativo a cuestiones materiales del presente informe. No obstante, hacemos hincapié en que los contratos de la operación pueden suponer una baza importante para demostrar la falta de necesidad razonable para la Newco en el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos.

- Otro medio de prueba que puede fundamentar el carácter abusivo del acuerdo de aumento de capital, es la aportación de los correos electrónicos subidos de tono entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox. Esta prueba podría demostrar la preexistencia de un conflicto entre los socios de la Newco y de esta forma se podría demostrar al Tribunal que el aumento de capital promovido por Sigaar se realiza en un contexto de conflicto. Ahora bien, la aportación de estos correos electrónicos se realizará como medio de prueba documental, en soporte informático (cd o pendrive) conforme al art. 384 LEC y su transcripción en papel, para facilitar el trabajo al Tribunal. En cuanto al valor probatorio de estos correos electrónicos, se realizará un análisis exhaustivo al respecto en el apartado relativo a cuestiones materiales del presente informe.

- Para demostrar la validez de los correos electrónicos, será conveniente aportar como prueba pericial, la valoración de los correos electrónicos donde se demuestre la autenticidad de estos. El análisis de los correos electrónicos deberá ser realizado por un perito informático colegiado, quien elaborará un dictamen pericial, en caso de que la parte demandada impugne la prueba de los correos electrónicos. Esta prueba pericial se incluirá en la demanda mediante un OTROSÍ DIGO.
- Otra prueba documental que se debe de aportar es la certificación del acta de la junta general celebrada el 27 de abril de 2020. Dado que en el acta figura que Greed Group votó en contra del aumento de capital por compensación de un crédito a Sigaar.
- Por último, proponemos el interrogatorio de parte, dado que en el interrogatorio se pueden plantear al Sr. Fox preguntas sobre la *Joint Venture* suscrita entre ambas partes, los correos electrónicos y la ampliación de capital para la cual el Sr. Fox como Administrador Único de Newco, tuvo que elaborar un informe. Si estas cuestiones se plantean de la forma correcta, se podría hacer ver al Tribunal la existencia de un conflicto entre las partes y un aumento de capital que no responde a ninguna necesidad razonable de la sociedad. Así también citaríamos para el interrogatorio de parte al nuevo Administrador Único de Newco, Glauser Roist.

1.2. Cuestiones materiales a considerar:

I. Valoración de la *Joint Venture* para la demanda de impugnación.

Actualmente la figura jurídica de la *Joint Venture*, todavía no tiene una teorización amplia dentro del Derecho Mercantil. No obstante, existen definiciones que expresan la naturaleza y el objeto de esta figura jurídica.

En primer lugar, debemos indicar el origen etimológico de la *Joint Venture*, esta expresión de origen anglosajón proviene de la combinación de *Joint* (unión, conjunto) y *Venture* (riesgo, aventurarse). La unión de estos dos términos se traduce al castellano como “riesgo conjunto o riesgo compartido”.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, ha definido este contrato como un “Contrato de Colaboración” en la sentencia de 25 de octubre de 1999 donde indica “ *es una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, que ha sido aceptada y tratada por numerosa jurisprudencia: sentencias de 30 de septiembre de 1976, 21 de octubre de 1977, 30 de noviembre de 1977, 31 de diciembre de 1997, 1 de junio de 1999....Es un contrato que admite gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico, lo que determina además que su función económico social (causa de la obligación, causa en sentido objetivo) se halle especialmente relacionada con la finalidad comúnmente perseguida en cada caso (causa subjetiva, del contrato).*”

A partir de esta definición, podemos extraer argumentos para la demanda de impugnación del aumento de capital por compensación de un crédito a Sigaar. En primer lugar, se podría indicar al Tribunal que Greed Group y Sigaar constituyeron la mercantil Newco, la cual opera como empresa conjunta, fruto de la *Joint Venture*, suscrita entre ambas sociedades. En segundo lugar, apelando a la definición de esta figura jurídica anteriormente descrita, indicaríamos que los intereses de ambas mercantiles convergen en el objeto de la Newco. Por un lado, Greed Group, consigue financiación para la actividad económica que desarrolla Habanera S.A.U. y por otro lado, Sigaar, se beneficia ampliando su red comercial y negocio en los mercados caribeño y español.

Todos estos argumentos en la demanda deben de apoyarse en la definición jurisprudencial de la *Joint Venture* y en la prueba documental, concretamente en los contratos suscritos el 20 de diciembre de 2019. Con estos argumentos habría que indicar al Tribunal, que la ampliación de capital que se impugna va totalmente en contra del objeto para el cual se ha constituido la mercantil Newco. Ya que se diluye drásticamente la participación de Greed Group en la mercantil y además debemos de indicar que por ello el acuerdo de ampliación de capital, no persigue una necesidad razonable para la Newco.

II. Valor del acuerdo de intenciones y de los contratos para la demanda de impugnación.

Para poder apoyar el argumento del anterior apartado donde se ha indicado que la ampliación de capital va en contra del objeto de la *Joint Venture*, debemos de fundamentar este argumento con el acuerdo de intenciones que suscribieron ambas partes con fecha 15 de noviembre de 2019 y con los contratos de la operación formalizados el día de 20 de diciembre de 2019, documentos que como anteriormente se ha indicado, deben aportarse junto a la documental como medio de prueba documental.

Ahora bien, para analizar en que grado estas pruebas documentales pueden fundamentar el argumento que indicamos en el anterior apartado, debemos valorar en primer lugar el valor del acuerdo de intenciones suscrito, así como las declaraciones y garantías de los contratos.

En primer lugar, debemos concretar que se entiende por acuerdo de intenciones, para ello comenzamos indicando que esta figura jurídica no se encuentra regulada en nuestro Derecho, por ello podemos decir que los acuerdos de intenciones son contratos atípicos. Por otro lado, esta figura nace de la libertad de pactos entre las partes contemplada en el art. 1255 CC. Este tipo de acuerdos son firmados en la fase de negociación de la operación que se lleve a cabo entre las partes, en este caso, en la fase de negociación de la creación de la *Joint Venture*.

En este tipo de documentos las partes tratan de fijar las bases de una negociación donde se identifican los términos y plazos en los que se debe desarrollar esta. Ahora bien, si analizamos si este acuerdo vincula legalmente, ello depende de la redacción de cada cláusula del acuerdo, de las condiciones suspensivas y del objeto. De esta forma, podemos indicar que existen diferentes grados de vinculación dentro del propio acuerdo de intenciones. Por ello, es importante analizar cada cláusula del acuerdo de intenciones para ver si alguna de estas es vinculante y tiene plenamente identificado: objeto, causa y consentimientos propios.

Así también, debemos indicar que el acuerdo de intenciones es diferente del precontrato. La principal diferencia entre estas dos figuras jurídicas es que, por un lado, como bien se ha indicado en el anterior párrafo los acuerdos de intenciones fijan las bases de la negociación de

la operación. Mientras que el precontrato tiene elementos propios de un contrato, los cuales vinculan a las partes para suscribir posteriormente un contrato.

Ahora bien, dado que los acuerdos de intenciones son contratos atípicos y complejos, la jurisprudencia se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre documentos que han sido calificados por el propio Tribunal Supremo como “acuerdos de intenciones”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha formulado una definición concreta de este tipo de contratos, sino más bien, se ha centrado en analizar la eficacia de estos, dando respuestas casuísticas. Por ende, no se pueden perfilar unas reglas generales sobre sus efectos, así como una definición concreta.

Las principales sentencias que tratan el concepto de acuerdos de intenciones son: STS de 3 de junio de 1998, donde el Tribunal señala *“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”*. De esta sentencia podemos extraer que el acuerdo de intenciones en este caso se define como tratos preliminares.

Por otro lado, la STS del 11 de abril de 2000, sobre un asunto de opción de compra de derechos de propiedad industrial señala *“no es más que un acuerdo para una futura transmisión, que no ha perfilado con el detalle mínimo que sería preciosa para ser considerado algo más jurídicamente, que tratos preliminares, puesto que el objeto no está perfectamente determinado”*.

Otras sentencias del Tribunal Supremo que conforman la jurisprudencia sobre los acuerdos de intenciones son también la STS de 7 de junio de 2011 y STS de 24 de junio de 2011.

Ahora bien, aparte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debemos destacar también sentencias de la jurisprudencia menor. Las más destacables son: SAP de Vizcaya de 13 de octubre de 2000, SAP de Barcelona de 10 de diciembre de 2002 y SAP de Alicante de 25 de abril de 2003.

Todas estas sentencias concluyen en un mismo sentido indicando que los acuerdos de intenciones son distintos a los acuerdos precontractuales. Aunque los acuerdos de intenciones puedan recoger determinados acuerdos de la negociación o del contrato proyectado, ello no supone una oferta ni regula los aspectos esenciales del contrato.

Por todo ello debemos indicar que el documento que verdaderamente podrá apoyar el argumento de que el acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito a Sigaar es contrario al objeto por el cual se ha constituido la *Joint Venture* y por consiguiente no responde a una necesidad razonable de la Newco, son los contratos suscritos con fecha 20 de diciembre de 2019. No obstante, debemos matizar, que deberíamos ver la redacción del acuerdo de intenciones para asegurar que este documento no contiene ninguna obligación vinculante.

III. Opresión de la minoría en Newco mediante la injustificada ampliación de capital.

En este apartado analizamos la opresión que ejerce Sigaar contra Greed Group quien es el socio minoritario dentro de la mercantil Newco. En primer lugar, tenemos que indicar que el interés

social de la sociedad debe primar sobre el interés extrasocial que tenga cada uno de los socios, lo cual hace que el deber de fidelidad es el límite de los derechos de los socios.

Ahora bien, el concepto de interés social, no se encuentra plenamente definido en el ordenamiento español, siendo la solución más empleada, el uso de la locución <<interés de la sociedad>> para referirse al interés social. Ya que queremos demostrar en defensa de Greed Group, como Sigaar actúa en contra del interés social de la Newco, emplearemos la propia doctrina jurisprudencial al respecto, la cual en diferentes ocasiones se ha referido al interés común de los socios, los cuales convergen en un interés único que permite la existencia de la sociedad, esto es, el interés social. Las sentencias que debemos mencionar son la STS 991/2011, de 17 de enero de 2012 donde indica “*La jurisprudencia de esta Sala no deja de tener en consideración criterios contractualistas – así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como <<el interés común de los socios>>;* La STS 825/1998 de 18 de septiembre la cual reproduce la STS del 19 de febrero de 1991 indica “*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*”.²

De esta forma queremos indicar al Tribunal que Sigaar aprovechándose de su mayoría dentro de Newco, pretende promover intereses extrasociales mediante los acuerdos de la Junta General, concretamente mediante el acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito a Sigaar. Además, hay que indicar la conducta opresiva de la mayoría cuya finalidad última es lograr la salida de Greed Group, socio oprimido, causándole así un perjuicio.

También, debemos identificar la conducta opresiva de Sigaar al Tribunal como la dilución de la posición jurídica y económica del socio minoritario en la sociedad a través del aumento de capital, financieramente no justificado, además Greed Group no puede acudir a este aumento de capital, ya que, al ser un aumento por compensación de un crédito, se suprime el derecho de preferencia³.

Respecto al abuso de la mayoría, previamente a la modificación de la Ley 31/ 2014, de 3 de diciembre de la Ley de Sociedades de Capital, la jurisprudencia venía tratando esta cuestión conforme a la mala fe y abuso de derecho, recogido en el art. 7 CC, debido a que como indicaremos más adelante, ya la jurisprudencia indica que no es necesario aplicar el art. 7.2 CC, existiendo la especialidad del art. 204.1 II LSC, haremos mención a la jurisprudencia referente a la buena fe, recogida en el art.7.1 CC en supuestos de abuso de mayoría. Concretamente las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992, de 19 de diciembre de 2008, de 10 de noviembre de 2011 y 7 de diciembre de 2012 que indican:

² MEGÍAS LÓPEZ, J. “*Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVII*”. Madrid 2014 pg. 21.

³ ALONSO LEDESMA, C. <<Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente >>, en “*Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Giron Tena*”, Madrid 1991, Civitas, págs. 41-42 y 44-45.

“Se ha destacado que el principio de buena fe presenta indudables concomitancias con la prohibición del abuso del derecho o del fraude de ley, puesto que sus fronteras son difíciles de trazar en cuanto responden a ideas muy parecidas y se trata de principios o cláusulas que al precisar su concreción en los diferentes supuestos impiden establecer unos límites claramente definidos. La propia Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código Civil ya señaló que, junto a la prohibición del fraude y el abuso, viene proclamado el principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, existiendo indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe. Hemos venido aplicado a este tipo de situaciones la prohibición del abuso del derecho, y lo hemos hecho atendiendo a las circunstancias del caso – incluso en situaciones de enfrentamiento entre los socios, con mayor motivo- (...)”.

De esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos extraer, que la falta de buena fe, por parte de lo socio mayoritario, en este caso Sigaar, puede ser demostrada, en este caso mediante los correos electrónicos entre los representantes de ambos socios. Ya que estos correos demuestran la existencia de un clima de enfrentamiento entre los socios e inmediatamente a este hecho, se ha producido el aumento de capital.

De esta forma, el socio mayoritario Sigaar incurre en un abuso de la mayoría dentro de la Newco que gracias a la modificación de la Ley 31/ 2014, de 3 de diciembre de la Ley de Sociedades de Capital, se ha previsto por el legislador como una modalidad específica de acuerdo impugnabile. Concretamente el legislador en el art. 204.1 II indica *“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”.*

Este argumento deberá ir apoyado con la jurisprudencia reciente que ha tratado el tema del abuso de la mayoría en detrimento del socio minoritario. En el Tribunal Supremo encontramos la STS 87/2018, de 15 de febrero, donde el Alto Tribunal analiza el art. 204.1 II LSC he indica que algunos casos de abuso de mayoría, más que abuso de derecho propiamente dicho, constituyen una infracción de un deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Po ello, ya que se ha tipificado expresamente este tipo de abuso de mayoría, no es necesario acudir a la disciplina general de abuso de derecho recogida en el art. 7.2 CC.

También en la jurisprudencia menor, encontramos también dos sentencias que versan al respecto, por un lado una sentencia bastante reciente, SAP de A Coruña (Sección 4ª) 191/2019 de 16 de mayo de 2019, donde el Tribunal analiza esta especialidad de abuso de la mayoría y hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referida, bien es cierto que en dicho caso, el Tribunal resolvió indicando que no se da abuso de la mayoría por parte del demandado, ya que la ampliación de capital se realizó correctamente.

Otra sentencia de la jurisprudencia menor que sería conveniente mencionar es SAP de Madrid (Sección 28ª) de 23 de noviembre de 2012, en esta sentencia, concretamente el Tribunal resuelve sobre una ampliación de capital donde previamente existía un conflicto entre los socios, como sucede en el presente caso. El Tribunal indicó *“la junta general de socios es soberana para adoptar los acuerdos que estime preciso, pero si las circunstancias del caso evidencian que la finalidad de alguno de los alcanzados en ella (como pudiera serlo el de ampliación de capital) fuera precisamente el perjudicar a un determinado socio, debilitando severamente su participación social, sin que éste tuviera posibilidad de reaccionar en igualdad*

de condiciones con los demás para evitar tal resultado, podría justificarse la impugnación por ilegal de lo acordado”⁴

IV. Valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisdicción civil.

Una de las pruebas que pueden ser esenciales para la impugnación del acuerdo de aumento de capital, es como indicamos en el apartado de pruebas, son los correos electrónicos subidos de tono entre Sr. Gekko y el Sr. Fox. Esta prueba puede ser importante como señalamos anteriormente, ya que al ser el Sr. Fox Administrador Único de la Newco y también es Administrador mancomunado del socio mayoritario y el Sr. Gekko es el representante del socio minoritario afectado por el acuerdo de ampliación de capital.

Estos correos demuestran que el acuerdo de ampliación de capital se ha realizado en un contexto de conflicto entre los socios y un abuso de la mayoría por parte de Sigaar. Lo cual apoyaría los argumentos esgrimidos en el anterior apartado.

Por todo ello, es muy importante analizar el valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisdicción civil, ya que pueden suponer un pilar fundamental de nuestra estrategia.

En primer lugar, debemos indicar que los correos electrónicos son considerados como “documentos privados” a efectos de prueba en el proceso judicial, así lo indica el legislador en el art. 324 LEC. Ahora bien, aunque los documentos privados hacen de prueba plena en el proceso, salvo que la otra parte a la que perjudique, en este caso la mercantil Newco, impugne dicha prueba, así lo indica el legislador en el art. 326.1 LEC. En este caso, es muy probable que la mercantil Newco como parte demandada impugne la aportación de los correos electrónicos como prueba.

En ese caso, el legislador en el art. 326.2 LEC indica que la parte que presentó la prueba puede pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil o pertinente, es por ello que en el apartado donde propusimos pruebas se indicó que sería conveniente aportar una prueba pericial realizada por un perito informático colegiado, donde en su informe indique la autenticidad de los correos electrónicos.

Además, el legislador indica en el mismo apartado, que en caso de que la prueba impugnada se demuestre que es auténtica, se aplicará lo dispuesto en el art. 320.3 LEC, donde el legislador indica que asumirá los gastos del cotejo o prueba pericial que demuestre la autenticidad de la prueba impugnada, quien hubiese impugnado dicha prueba, además si la impugnación fuera temeraria, podría enfrentarse a una multa entre 120 a 600 euros.

Ahora bien, en caso de que no se pueda demostrar la autenticidad de los correos electrónicos, el legislador en el art. 326.2 LEC indica que el Tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

⁴ GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “*El Derecho, Revista de Derecho Mercantil, n° 76*”. Madrid 2019.

Respecto a la validez de los correos electrónicos, queremos destacar dos sentencias de la jurisprudencia menor. Por un lado, SAP de Madrid (sección 8ª) sentencia del 7 de julio de 2016 donde el Tribunal realiza un análisis sobre el valor probatorio de los correos electrónicos siguiendo los mismos preceptos que hemos indicado anteriormente.

También hace mención en su fundamentación a la sentencia de la SAP de Granada, (sección 3ª) sentencia del 9 de febrero de 2019 nº23/2016 donde el Tribunal fundamenta de igual forma la validez de los correos electrónicos en base al art 326 LEC.

Por otro lado, destacamos dos sentencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el primer lugar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011, donde el Tribunal versa acerca de la doctrina que se aplica a los correos electrónicos no firmados electrónicamente, esta doctrina indica que deben de aplicarse las reglas de la sana crítica, concretamente el Tribunal señala *“... para que un documento privado no sea idóneo para constituir medio de prueba es preciso que sea inauténtico, es decir, no provenga de su autor, de modo que no haya coincidencia entre el autor aparente y el autor real. Cuando un documento privado sea impugnado por la parte contraria a quien lo presentó, que lo estima perjudicial a sus intereses, a la parte que lo aportó al proceso le incumbe la carga de probar la autenticidad, lo que no obsta a que la otra parte pueda también intentar acreditar la inautenticidad. Si se demuestra la falta de autenticidad el documento carece de eficacia probatoria y si se acredita que es auténtico es plenamente idóneo para probar “per se “. Cuando no se pudiera deducir la autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, esto es, no consta que sea auténtico, pero tampoco inauténtico, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Para acreditar la autenticidad puede utilizarse cualquier medio de prueba e incluso presunciones, en cuyo caso, la naturaleza de la prueba es la propia del medio empleado y no la del documento objeto de prueba”*.

Indicamos esta sentencia, ya que desconocemos si los correos electrónicos del Sr. Gekko y del Sr. Fox se encuentran firmados electrónicamente, en caso de que el perito informático no pueda autenticar dichos correos, la doctrina que plantea esta sentencia del Tribunal Supremo puede fundamentar la validez de los correos electrónicos, ya que incluso se puede utilizar la presunción como medio de prueba para indicar que son auténticos estos correos.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo que creemos conveniente mencionar en la demanda de impugnación para fundamentar la validez de los correos electrónicos es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2010 donde el Tribunal Supremo indica que *“el hecho que se impugnen los documentos privados no supone que queden privados de todo valor, ya que el artículo 1225 del Código Civil no impide otorgar la debida relevancia a documento no averados (sentencia de 7 de febrero de 2005, 26 de diciembre de 2001, 11 de octubre y 27 de noviembre de 2000, 2 de abril de 1994), siempre que se conjugue su contenido con los demás elementos de juicio, pues el Tribunal puede apreciar su autenticidad a partir de una apreciación global de las pruebas”*.

De esta sentencia podemos extraer que, aunque la mercantil Newco demandada llegase a impugnar los correos electrónicos y no propusiese prueba pericial para acreditar su autenticidad, ello no implica que estos correos electrónicos puedan ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica. De esta forma, junto con el resto de las pruebas los correos electrónicos pueden adquirir relevancia.

Esta jurisprudencia es importante para nuestra estrategia procesal, ya que en caso de que los correos electrónicos no tengan firma electrónica y no tengamos pruebas suficientes para acreditar la autenticidad de estas, siempre quedará la vía de la sana crítica.

V. Contenido del Suplico al Juzgado de la demanda de impugnación.

En el Suplico al Juzgado, deberemos indicar las pretensiones que queremos que el Juez nos reconozca, concretamente se resumen las peticiones procesales que hemos ido indicando a lo largo de la fundamentación de la demanda.

Estas pretensiones deberán de indicarse conforme al art. 399.5 LEC, de forma clara, separadamente y en orden de prioridad, indicando cuáles son principales y cuáles subsidiarias.

En este caso, la parte actora Greed Group, siguiendo la estrategia esbozada a lo largo de este informe, solicitará al Juzgado que se dicte sentencia condenando a la entidad demanda Newco a que:

- 1.1- Se declare la nulidad del acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito de Sigaar, adoptado en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de Newco celebrada el 27 de abril de 2020.
- 1.2- Subsidiariamente a la anterior petición, si el acuerdo fuese meramente anulable que se declare su ineficacia.
- 2.- Como consecuencia de la nulidad o ineficacia de cuantos actos se hayan podido realizar como consecuencia de los actos aludidos, e igualmente la de las anotaciones e inscripciones que pudieran figurar o se hubieran llevado a cabo en el Registro Mercantil. (Esta petición debe de indicarse por si acaso el Juez no conceda las medidas cautelares de suspensión del acuerdo social y la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil, en ese caso la mercantil Newco podría inscribir la ampliación de capital, es por ello que se hace esta petición).
- 3.- Como consecuencia de todo lo anterior, se solicita la condena a la demandada Newco a estar y pasar por dicha declaración con expresa condena en costas.

2. Estrategia y contenido para neutralizar posibles acciones judiciales por parte de Sigaar.

2.1. Cuestiones procesales a considerar:

En este segundo bloque se analiza con suma rigurosidad la estrategia para neutralizar las posibles acciones judiciales que pueda ejercitar Sigaar contra Greed Group.

Dado que Greed Group y Sigaar suscribieron una cláusula de sumisión expresa en los contratos firmados ante notario, mediante los cuales constituyeron la *Joint Venture*. Dicha cláusula somete a las partes a los Tribunales de la ciudad de Valencia. Por lo tanto, habrá que analizar

en un primer momento si la demanda por parte de Sigaar se presenta correctamente respetando dicha sumisión expresa, de lo contrario, será conveniente presentar una declinatoria en el plazo de 10 días desde la recepción de la demanda, conforme al art. 64 LEC.

El motivo que se alegará en la declinatoria, será la falta de competencia territorial, en base al art. 59 LEC. Esta situación podría darse si por ejemplo Sigaar demanda a Greed Group en Barcelona y no en Valencia.

En cuanto a la tramitación de la declinatoria, esta se presenta en forma de escrito junto con las pruebas que demuestren la falta de competencia territorial, dichas pruebas serían los contratos suscritos que anteriormente referimos. Los efectos de la declinatoria principalmente son, la paralización del procedimiento, aunque el demandante puede solicitar al Tribunal el aseguramiento de las pruebas. La ventaja que podría darse para Greed Group sería que se ganaría tiempo y se podría analizar mejor la estrategia de la demanda de Sigaar.

Si el Tribunal estima la declinatoria por falta de competencia territorial, se inhibirá a favor del Tribunal competente, ante el cual deberán comparecer las partes en el plazo de 10 días, será entonces cuando nuevamente se retome el proceso.

Por otro lado, en caso de que Sigaar presente la demanda ante los Tribunales de Valencia y no haya motivo para presentar una declinatoria, el plazo del que dispone Greed Group para contestar a la demanda de Sigaar, será de 20 días desde que el Letrado de la Administración de Justicia traslade a Greed Group la demanda, todo ello conforme al art. 404.1 LEC.

En cuanto a la forma que debe de seguir la contestación a la demanda, el legislador en el art. 405 LEC, indica que la forma de redactar el escrito de contestación a la demanda ha de revestir la misma estructura que el de la demanda. Además, deberá de ir acompañada por los mismos documentos que se señalan para la demanda, estos son los documentos procesales art. 264 LEC y documentos relativos al fondo art 265 LEC.

También cabe la posibilidad, de formular una reconvenición a continuación de la contestación contra Sigaar por parte de Greed Group, de esta forma se ejercita una acción propia frente al demandante en base al art. 406 LEC.

Por último, hay que tener en cuenta que la falta de presentación en plazo de la contestación comporta la preclusión conforme al art. 136 LEC, así como las consecuencias negativas que derivan de este hecho.

2.2. Cuestiones materiales a considerar:

En este apartado, se analizan los fundamentos materiales que se emplearán para la defensa de Greed Group.

I. Responsabilidad de la auditora Pufosa Asesores Financieros.

Uno de los fundamentos de la defensa de Greed Group frente a la posible demanda de Sigaar puede ser la invocación de la responsabilidad de la auditora Pufosa Asesores Financieros. Por

ello, podemos comenzar indicando que fue la propia mercantil Sigaar quien se había encargado de elegir a Pufosa Asesores Financieros para realizar el informe de revisión financiera. Este informe, se somete a la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, dado que analiza estados contables y realiza una previsión de los resultados contables al cierre del ejercicio 2019.

El análisis de estos parámetros contables se enmarca en el objeto de auditoría de cuentas previsto en el art. 1.2. de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas donde el legislador indica *“la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros.*

Por lo tanto, el auditor actúa en el presente caso como tal, ya que entendemos que realiza actividades propias de la auditoría de cuentas. A colación de ello, debemos de indicar la Consulta 63/ septiembre de 2005 de ICAC dice *“aquellos otros trabajos que se encuentran atribuidos de forma expresa a los auditores de cuentas por distintas disposiciones legales, los cuales, aunque en algunos casos puedan no tener la naturaleza estricta de auditoría de cuentas, sin embargo se realizan conforme a normas técnicas de auditoría específicas[...] y están comprendidos en el ámbito de los trabajos realizados por los auditores de cuentas en el ejercicio de sus funciones como tales auditores”.*

Por ello, sería conveniente indicar en una posible contestación a la demanda que en caso de que Sigaar quiera exigir a alguien responsabilidades, tendrá que ser a la auditoría que eligió. Para ello sería conveniente mencionar la previsión recogida en el art. 26.2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, donde el legislador versa acerca de la responsabilidad civil de los auditores. Concretamente en el punto segundo, el legislador indica que la responsabilidad originada de la actuación profesional, en este caso de la sociedad de auditoría Pufosa Asesores Financieros, en caso de ocasionar un perjuicio a la sociedad auditada o un tercero deberá responder de forma proporcional y directa por los daños causados. Además, debemos de indicar que en el presente caso la responsabilidad civil es solidaria asumiendo esta, tanto el auditor como la sociedad de auditoría Pufosa Asesores Financieros.

Ahora bien, el legislador define en el párrafo segundo del punto dos del presente artículo, que se entiende por tercero legitimado para reclamar la responsabilidad civil de la sociedad auditora indicando lo siguiente *“ se entenderá por tercero 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”.*

Tomando esta definición y trasladándola a los hechos del presente caso, observamos que Sigaar, en base al informe financiero de Pufosa Asesores Financieros tomó la decisión ofrecer como pago por las acciones de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA que reflejaba el informe.

Siguiendo estos argumentos, se podría indicar en defensa de Greed Group que, dado que Sigaar seleccionó a Pufosa Asesores Financieros para realizar el informe financiero y tomó la decisión de adquirir a un precio de ocho veces el EBITDA reflejado en el informe, las acciones de Habanera S.A.U. Debe de solicitar la indemnización a la firma de auditoría.

No obstante, debemos de indicar, que esta opción no es la más conveniente para la estrategia de Greed Group, ya que, si apoyamos la opinión de que el informe emitido por Pufosa Asesores Financieros contiene una valoración inexacta, estaríamos apoyando el resultado del informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar.

Además, la empresa de auditoría Pufosa Asesores Financieros puede alegar, que el responsable del desajuste en el EBITDA es la sociedad auditada, es decir Habanera S.A.U. filial de Greed Group. De esta forma intentaría eximirse en parte o completamente de responsabilidad alguna, apoyando su argumento en los siguientes argumentos jurídicos:

- En el art. 26.2. III de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, el legislador indica que *“la responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada...”*

La finalidad de este precepto es limitar la responsabilidad del auditor y evitar que sea responsable de la totalidad de los daños y perjuicios. De esta forma una parte de la responsabilidad puede recaer en la entidad auditada siempre que se demuestre que esta es culpable.

- Además, la auditora Pufosa Asesores Financieros podría sostener el reparto proporcional de culpa en base a las siguientes sentencias: STS de 22 de diciembre de 2014, donde el Tribunal versa argumenta acerca del reparto proporcional de la responsabilidad entre los administradores de una sociedad y los auditores y STS de 1 de julio de 2016, donde el Tribunal versa de la siguiente forma: *“como existe una concurrencia de causas, al auditor debe imputársele no la totalidad sino un 50% del daño, proporción en la que estimamos la incidencia de su conducta en la acusación del daño”*.
- Otra acción que podría llevar a cabo Pufosa Asesores Financieros contra Greed Group sería la acción de repetición, la cual se rige por lo dispuesto en el art. 1158 CC. Mediante esta acción la empresa de auditoría podría exigir el reintegro de la parte proporcional de la responsabilidad civil que se demostrase que es debida a la culpa de la entidad auditada.

Por todo ello, no es conveniente para la estrategia de defensa de Greed Group reclamar la responsabilidad civil de Pufosa Asesores Financieros. Sino que los fundamentos materiales de la contestación a la demanda de Sigaar, deberán de apoyar el informe financiero realizado por esta sociedad de auditoría.

II. Valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por el experto independiente.

Para apoyar la validez y correcto cálculo de los parámetros analizados en el informe financiero realizado por la auditora Pufosa Asesores Financieros, se deberá realizar especial hincapié en el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias, realizado por el experto

independiente. El uso de este informe en la contestación a la demanda se debe principalmente a que el resultado de este informe es similar al informe realizado por Pufosa Asesores Financieros.

Por ello, este informe realizado por un experto independiente será aportado como prueba pericial, la cual será fundamentada con los siguientes argumentos en una posible contestación a la demanda:

- En primer lugar, hay que hacer hincapié en la función del experto independiente, para ello indicaremos que la función de este, es emitir informes de valoración sobre determinados elementos y en aquellos casos concretos que se encuentran tasados por la Ley.
- En segundo lugar, es conveniente indicar que el legislador utiliza la figura del experto independiente debido a su alta cualificación técnica específica y su imparcialidad. De esta forma la figura del experto independiente es la más adecuada para validar una valoración realizada por otros agentes, como es en este caso, la empresa de auditoría Pufosa Asesores Financieros.
- En tercer lugar, se debe de indicar que, en el presente caso, el informe del experto independiente responde a la exigencia prevista en el art. 67.1 LSC, dado que este informe es obligatorio en la constitución de la Newco y esta tiene íntegramente el 100% del capital social de Habanera S.A.U.

Mediante estos argumentos, se fundamentará que el informe sobre aportaciones no dinerarias del experto independiente otorga validez al informe de Pufosa Asesores Financieros, dado que el contenido de ambos es similar y debido a la naturaleza del informe del experto independiente argumentada anteriormente, esta le confiere validez.

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

Dado que el informe elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar, es el pilar central de las acciones judiciales que pueda llevar a cabo Sigaar contra Greed Group. Debemos analizar con detenimiento el valor probatorio de este informe.

En primer lugar, creemos conveniente para la defensa de Greed Group, impugnar este informe del departamento de contabilidad de Sigaar. Esta impugnación se realizará en conforme al art. 427.1 LEC en el acto de la audiencia previa. Ahora bien, el motivo que se deberá de alegar en la impugnación es la posible manipulación de los datos contables por parte del departamento de contabilidad de Sigaar. Por lo tanto, los criterios para cuantificar todos los parámetros financieros, no se han tomado de forma objetiva como haría por ejemplo un experto independiente.

Ya que el informe de Sigaar, es un documento privado, porque no se puede enmarcar en ninguna de las clases de documento publicado recogidas en el art. 317LEC. En el momento que se impugne su prueba, el legislador prevé que conforme al art. 326.2 LEC corresponderá a Sigaar

proponer otro medio de prueba que demuestre que realmente no se han manipulado los datos contables. Para ello posiblemente, solicitarán la elaboración de un informe por parte de un experto perito, quien deberá analizar las cuentas de Habanera S.A.U. e indicar en su informe si realmente el informe de Sigaar esta manipulado.

Ahora bien, en el trámite de conclusiones del juicio ordinario, será conveniente no reconocer el valor probatorio del informe de Sigaar. Esta oposición, se deberá manifestar indicando que no se reconoce el valor probatorio de dicho informe en la contestación a la demanda. Este argumento puede ser apoyado, con la argumentación del anterior apartado, indicando que el informe del experto independiente arroja unos resultados similares al del informe financiero de Pufosa Asesores Financieros.

Respecto al informe del experto independiente que realizó la valoración para la constitución de la Newco. Sigaar podría indicar en la demanda que el informe realizado por su departamento de contabilidad, se ha realizado con las cuentas anuales del 2019 de Habanera S.A.U. ya cerradas y que por ello es más fiable su informe. En caso de que Sigaar emplee este argumento, habrá que argumentar, que los resultados de las cuentas anuales no han podido variar tanto, ya que las partes comenzaron la constitución de la Newco a partir de la firma del acuerdo de intenciones con fecha 15 de noviembre de 2019.

Por lo tanto, el informe de experto independiente se ha realizado con una diferencia de aproximadamente un mes, lo cual no puede implicar una diferencia tan abultada en los resultados financieros como indica el informe de Sigaar.

Por último, debemos de indicar que corresponderá al Tribunal resolver si admite como prueba el informe del departamento de contabilidad de Sigaar, así lo indica el legislador en el art. 284.1 LEC.

IV. Mancomunidad y solidaridad de los administradores.

En este apartado analizamos la figura de los administradores mancomunados de Sigaar, no obstante, previamente definiremos que se entiende por administrador mancomunado y por administrador solidario.

El legislador en el art. 210 LSC, recoge las diferentes formas de organizar la administración de la sociedad, entre estas formas encontramos la forma mancomunada de los administradores, donde varios individuos actúan de forma conjunta, de tal forma que será necesaria su actuación conjunta para desempeñar las funciones propias del cargo.

Por otro lado, se encuentra la forma los administradores solidarios, bajo esta forma, cualquiera de los administradores puede desempeñar individualmente todas las funciones propias de su cargo, ya que tiene plena autoridad para ello.

Por lo tanto, la diferencia principal entre estas dos formas de organizar la administración de la sociedad, es que en una forma la actuación del administrador produce efectos plenos cuando actúan ambos administradores a la vez y en el otro caso, es suficiente la actuación de uno de los administradores solamente.

En el presente caso, gracias a la información aportada por el Sr. Gekko, sabemos que la negociación de la operación de la *Joint Venture*, así como la firma de los contratos de esta, se realizó por parte de Sigaar por el Sr. Fox, administrador mancomunado de esta sociedad.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la definición de administrador mancomunado anteriormente expuesta, se entendería que todos los contratos firmados por el Sr. Fox no pueden producir efectos plenos o inclusive podría entenderse que son nulos de pleno derecho.

Para analizar esta cuestión, en primer lugar, debemos dirigirnos al art. 1259 CC donde el legislador indica lo siguiente:

“Ninguno puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

Como se puede observar a tenor de este artículo, la nulidad de los contratos en este caso se puede evitar, con la ratificación del acto por parte del otro administrador mancomunado de Sigaar, el Sr. Glauser Roist.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto la STS de 10 de junio de 2002 indica que el contrato celebrado a nombre de otro sin autorización o representación, no es inexistente, ni radicalmente nulo, dada la posibilidad de su eficacia “ex post” merced a la ratificación. Además, esta ratificación no tiene porque realizarse solamente de forma expresa, puede ser tácita y se produce cuando el interesado realiza un comportamiento que objetivamente se entiende como ratificación, así lo indica la STS de 18 de marzo de 1999. De la misma forma se ha pronunciado el Tribunal en STS 774/2010 de 17 de noviembre. También destacamos las STS de 28 de junio de 2004 y STS 28 de diciembre de 2007, donde el Alto Tribunal entiende que cuando exista la voluntad de que se ejecute un contrato por una de las partes, dicha parte admite y ratifica dicho contrato de esta forma.

En el presente caso, se observa de forma objetiva y clara, la existencia de una ratificación tácita de los contratos suscritos por el Sr. Fox, en base a los siguientes hechos:

- Sigaar fue quien eligió a la empresa de auditoria Pufosa Asesores Financieros, por lo tanto, estaba al tanto de la operación.
- Sigaar ofreció como pago, ocho veces el EBITDA, a Greed Group por las acciones de Habanera S.A.U.
- El nombramiento del Sr. Glauser Roist como nuevo administrador único de Newco, es el hecho más claro que ratifica de forma tácita todos los contratos de la operación suscritos con Greed Group.

Por todo ello, podemos determinar que la operación tiene efectos plenos entre las partes, no siendo por lo tanto esta cuestión interesante para una posible defensa o reconvencción para Greed Group, salvo que se diera el caso poco probable que Sigaar negase la validez plena de dichos contratos suscritos. Si se diera esta negación por parte de Sigaar, los argumentos anteriores serian suficientes para demostrar la validez de los contratos de la operación de *Joint Venture*.

V. Doctrina de los actos propios.

Otro posible argumento de defensa para los intereses de Greed Group, puede ser la invocación de la doctrina de actos propios. Esta doctrina se fundamenta en el art. 7.1. CC donde el legislador recoge la exigencia de que cualquier derecho debe ser ejercitado conforme a la buena fe.

Ahora bien, para poder explicar la aplicación de esta doctrina al presente caso, previamente debemos explicar el significado de esta doctrina, para ello debemos recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente a la STC 73/1988, de 21 de abril donde indica que

“la llamada doctrina de los actos propios [...] 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”⁵

Extrapolando esta definición al presente caso, se puede indicar en defensa de Greed Group, que la propuesta de Sigaar fue elegida entre varias puestas diferentes, siendo el motivo de esta elección la oferta económica realizada por Sigaar.

Para realizar dicha oferta, Sigaar eligió a Pufosa Asesores Financieros para realizar el informe financiero y en base a este informe principalmente y no dando tanta importancia a la *Vendors Due Diligence*, ofreció como pago por las acciones de Habanera S.A.U. ocho veces el EBITDA de esta, el cual ascendía en el ejercicio del año 2019 a 972.222€.

De esta forma, podemos indicar que dicha oferta produjo una situación jurídica, esto es la constitución de la *Joint Venture* mediante la creación de la Newco.

Ahora bien, posteriormente, Sigaar, pretende contradecir su anterior acto y sustituirlo por uno posterior, esto es, presentando el informe de su departamento de contabilidad indicando un EBITDA de Habanera S.A.U. para el ejercicio del año 2019 que asciende a 771.460€. Lo cual supone una reducción de aproximadamente un 21% respecto al EBITDA calculado por Pufosa Asesores Financieros.

Conociendo este ajuste de precio que solicita Sigaar, Greed Group debe indicar al Tribunal que esta conducta por parte de Sigaar no se está realizando de buena fe, ya que en su primera decisión Greed Group depositó su confianza y seleccionó por ello a Sigaar para constituir la *Joint Venture*, ya que el precio ofrecido le pareció el adecuado a Greed Group.

⁵ CORDOBA CASTROVERDE, D. “Revista de Jurisprudencia El Derecho, 1 de febrero de 2010, nº4”. Madrid 2010, El Derecho Editoriales. Pg.7.

Con esta argumentación, se procedería solicitar al Tribunal la aplicación de la doctrina de actos propios, indicando que esta situación cumple los requisitos jurisprudenciales de esta doctrina, que son los siguientes:

1. Estamos ante un acto susceptible de crear una situación jurídica, ya que la conducta de ofrecer el precio por parte de Sigaar en base al informe de Pufosa Asesores Financieros supuso la creación de un vínculo de trascendencia contractual en ambas partes. De esta forma lo que se presente proteger es la confianza que se ha generado por parte de Greed Group hacia Sigaar, haciendo que seleccione su oferta para constituir la *Joint Venture*. Respecto a esta cuestión se puede hacer referencia al Tribunal sobre la STS 760/2013, de 3 de diciembre, donde el Alto Tribunal analiza este requisito.
2. Existe una contradicción entre un acto anterior y uno posterior por parte de Sigaar. La demostración del elemento contradictorio se puede realizar con la documental aportada, esto es, el informe de Pufosa Asesores Financieros, los contratos suscritos y el informe del departamento de contabilidad de Sigaar. Respecto a la importancia de la existencia de la contradicción como requisito para aplicar esta doctrina, podemos mencionar al Tribunal la SSTS 505/2017, de 19 de septiembre y 63/2018, de 5 de febrero.
3. El acto debe ser objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva. Este requisito se cumple igualmente en el presente caso, mediante el acto posterior, Sigaar pretende modificar el precio de su oferta el cual cuantificó teniendo en cuenta un informe realizado por la empresa de auditoría que había elegido. De esta forma, se observa la incompatibilidad entre el primer acto y el acto posterior. Ahora bien, sería conveniente indicar respecto a este requisito la jurisprudencia específica para este, concretamente las SSTS 19263/1994, de 17 de diciembre y 8172/1995, de 30 de octubre.

Esta argumentación servirá para solicitar al Tribunal, la aplicación de la doctrina de actos propios para que Sigaar, se atenga al precio ofrecido en base al informe realizado por Pufosa Asesores Financieros. Indicando también que la pretensión de Sigaar de modificar el precio, supone un daño a la situación jurídica generada como fruto de dicha oferta.

VI. Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados.

En este apartado se analiza las posibles indemnizaciones y daños causados, concretamente analizamos las posibles indemnizaciones que pueda solicitar Sigaar y los daños en los que se basa. Así también, posteriormente analizamos las posibles indemnizaciones que puede solicitar Greed Group y los daños que se le hayan causado.

En el caso de Sigaar, estimamos que puede solicitar como indemnización por daños y perjuicios la cantidad que a su parecer supone la diferencia en el precio pagado y el calculado en base al EBITDA fruto del informe de su departamento de contabilidad, esta cifra asciende a 1.606.096,00.-€. En cuanto a los daños causados que puede alegar, brevemente indicaremos que pueden alegar incumplimiento contractual, concretamente las declaraciones y garantías que aportadas por Greed Group.

Ahora bien, en el caso de Greed Group, teniendo en cuenta que impugna el acuerdo social de aumento de capital realizado en Newco, entendemos que conforme al art. 208.1. LSC, en caso de que la sentencia sea estimatoria, se declarará la nulidad del acuerdo. Por lo tanto, Greed Group, seguiría manteniendo las mismas acciones. Por lo que no entendemos que exista la posibilidad de pedir una indemnización, salvo la condena en costas a la Sigaar.

No obstante, debemos indicar que en caso de una posible contestación o reconvención de Greed Group a Sigaar, en base al abuso de derecho planteado por la opresión de la minoría conforme al art. 7.2 CC, se podría solicitar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los cuales podrían alcanzar el valor de las acciones que Greed Group pierde con la dilución de su posición en el accionariado de Newco.

DEMANDA SOBRE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

AL JUZGADO

D. MANUEL CORTIJO HONTANILLA, procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad mercantil **GREED GROUP, S.A.**, según acredito con copia de escritura de poder que acompaño a la presente, bajo la dirección técnica del abogado D. DAVYD YATSKIV, ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito, en la representación que ostento y acredito, interpongo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO SOBRE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES** contra **NEWCO, S.A.**, con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº12 de Barcelona (CP:08019) e inscrita el día 3 de enero de 2020 en el Registro Mercantil de la ciudad condal al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247. A fin de que se dicte en su día sentencia declarando haber lugar a los pronunciamientos que se concretan en el suplico de este escrito.

La parte actora es la sociedad **GREED GROUP, S.A.** con domicilio en Madrid, en la Calle del Muro nº14 de Madrid (CP: 28015). Se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187.

La parte demandada es **NEWCO, S.A.**, cuyo domicilio a efectos de comunicaciones en este procedimiento es el que consta citado más arriba

La presente demanda se funda en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.

HECHOS

PRIMERO. – Mi mandante, la demandante, es la sociedad **GREED GROUP, S.A.**, empresa que dedica su actividad fundamentalmente a la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros.

Además, es accionista de la entidad demandada, como prueba de ello, adjunto como **DOCUMENTO N°1** los títulos que justifican la propiedad de mi representado sobre el 25% de las acciones de la entidad demanda.

A su vez adjunto, como **DOCUMENTO N°2** certificado emitido por el Registro Mercantil de Barcelona en que la demandada tiene su domicilio social. Sirva de prueba este certificado para demostrar la división del capital social de la demandada, el cual se encuentra repartido entre dos socios. Siendo mi representada dueña del 25% del accionariado y siendo la mercantil **SIGAAR, BV**, dueña del 75% restante del accionariado.

A los efectos que posteriormente se indicarán, me interesa dejar constancia de que las acciones de mi mandante representan más del uno por ciento del capital social de la entidad demandada, tal como se ha justificado más arriba.

SEGUNDO. – La entidad demandada **NEWCO, S.A.**, se constituyó como empresa conjunta, fruto de los Contratos de Colaboración Empresarial o *Joint Venture* suscritos en documento público ante notario, entre **GREED GROUP, S.A.** y **SIGAAR, S.A.** con fecha 20 de diciembre de 2019, los cuales acompaño como **DOCUMENTO N°3**.

Fruto de las estipulaciones de los Contratos de Colaboración Empresarial la demandada **NEWCO, S.A.** pasó a tener en su haber, el cien por cien del accionariado de la filial de mi representada, **HABANERA, S.A.U.**, quedando el accionariado dividido tal como se indica en el apartado **PRIMERO**, de la presente demanda.

Por todo ello, los intereses de ambos socios convergen en el objeto de **NEWCO, S.A.** Por un lado, mi representada, consigue financiación para la actividad económica que desarrolla con su filial **HABANERA, S.A.U.**, y **SIGAAR, BV**, se beneficia ampliando su red comercial y negocio en los mercados caribeño y español.

TERCERO. – En una fecha previa a la celebración de la Junta General Extraordinaria, hubo un cruce de correos electrónicos subidos de tono, los cuales adjunto como **DOCUMENTO N°4** entre los representantes de ambos socios de la demandada **NEWCO, S.A.**, estos son, el presidente de mi representada, el Sr. Gordon Gekko y el administrador mancomunado de **SIGAAR, BV**, el Sr. Bud Fox.

El origen de dicho conflicto, era la acusación de **SIGAAR, BV** hacia mi representada, por realizar supuestas irregularidades contables para incrementar el EBITDA que se empleó para calcular el precio de las acciones que compró **SIGAAR, BV** de **HABANERA, S.A.U.**, a mi representada.

En dichos correos electrónicos se puede observar como el presidente de mi representada, reitera al representante de **SIGAAR, BV** que no iba a tolerar dichas acusaciones vertidas y que estas son infundadas.

CUARTO. - La entidad demandada celebró Junta General Extraordinaria de accionistas el 27 de abril de 2020 y adoptó los acuerdos que constan en el certificado firmado por el Administrador Único entrante, el Sr. Glauser Roist y el Administrador Único saliente, el Sr. Bud Fox, conforme al artículo 111.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, acompaño como **DOCUMENTO N°5**.

Fueron adoptados entre otros, dos importantes acuerdos:

1. La destitución del Sr. Bud Fox como Administrador Único y su sustitución por el Sr. Glauser Roist.
2. Aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito a **SIGAAR, BV**.

En el certificado se expresa que en el acta de la Junta General de la demandada **NEWCO, S.A.**, el accionista minoritario, mi representada **GREED GROUP, S.A.**, votó en contra del aumento de capital acordado por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte del accionista mayoritario **SIGAAR, BV** y que este aumento se ha realizado con el ánimo de diluir la participación de mi representada, en el accionariado de **NEWCO, S.A.** Pasando a controlar el accionista mayoritario **SIGAAR, BV** el 95% del capital.

QUINTO. – La impugnación del acuerdo social de aumento de capital por compensación de un crédito a **SIGAAR, BV** se efectúa en base al siguiente argumento:

- Infracción del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que el aumento de capital acordado lesiona los intereses sociales dado que se impone de manera abusiva por la mayoría. Sin responder este aumento de capital a una necesidad razonable de la sociedad. Siendo así el único fin de este, el incremento de la participación del socio mayoritario en perjuicio del socio minoritario. Es de notar que el socio mayoritario pretende que mi representada salga del accionariado de la **NEWCO, S.A.**

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DE FORMA

I.

Capacidad.

Ambos litigantes ostentan la suficiente capacidad procesal a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

II.

Representación.

Mi mandante está representado en este procedimiento por el Procurador que suscribe, con arreglo a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III.

Jurisdicción.

Es competente la jurisdicción civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV.

Competencia.

Corresponde al Juzgado de lo Mercantil al que, por tunc le corresponda de la ciudad de Barcelona, donde tiene la demandada su domicilio social y ello conforme al artículo 52. 1. 10ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de un proceso de impugnación de acuerdos sociales.

V.

Juicio.

El proceso se ajustará a los trámites del Juicio Ordinario, por tratarse de una impugnación de acuerdos sociales, conforme al artículo 249.1. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuantía se fija en indeterminada a los efectos de la procedencia del juicio ordinario.

VI.

De la legitimación activa.

Corresponde a mi mandante por ser accionista de la entidad demandada e impugnarse acuerdos sociales por estar viciados de nulidad al amparo del artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

VII.

De la legitimación pasiva.

Corresponde a la entidad demandada por disponerlo así el artículo 206.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

DE FONDO

VIII.

Impugnabilidad de los acuerdos.

Indico que la demanda se presenta dentro del plazo de un año previsto en el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

IX.

Acuerdo de ampliación de capital realizado en un contexto de conflicto entre los socios.

Esta parte ha presentado como **DOCUMENTO N°4** los correos electrónicos subidos de tono entre el Sr. Gordon Gekko representante de mi mandante y el representante de **SIGAAR, BV**, el Sr. Bud Fox.

Estos correos demuestran que el acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito a **SIGAAR, BV**, se ha realizado en un contexto de conflicto entre los socios, tal como se ha indicado en el hecho **TERCERO** de la presente demanda.

Este de contexto de conflicto puede ser el motivo real del acuerdo social por el que se realiza el aumento de capital, siendo por ello totalmente contrario al interés social de la entidad mercantil.

Respecto a la validez de los correos electrónicos queremos destacar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencia de 14 de octubre de 2010 donde el Tribunal Supremo señala:

“el hecho que se impugnen los documentos privados no supone que queden privados de todo valor, ya que el artículo 1225 del Código Civil no impide otorgar la debida relevancia a documento no averados (sentencia de 7 de febrero de 2005, 26 de diciembre de 2001, 11 de octubre y 27 de noviembre de 2000, 2 de abril de 1994), siempre que se conjugue su contenido con los demás elementos de juicio, pues el Tribunal puede apreciar su autenticidad a partir de una apreciación global de las pruebas”.

De esta sentencia podemos extraer que la prueba de los correos electrónicos debe de ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, aunque la parte contraria impugne esta prueba.

En cuanto a la jurisprudencia menor en lo referente al valor probatorio de los correos electrónicos, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8ª), sentencia del 7 de julio de 2016, analiza el valor probatorio del correo electrónico en la jurisdicción civil indicando lo siguiente:

“...la sentencia apelada tras referir la testifical practicada, pasa a analizar los correos electrónicos enviados por el representante legal de la actora a los demandados [...] reconociendo a los correos validez probatoria, al no haberse desvirtuado por las restantes pruebas, lo que encaja perfectamente en el régimen jurídico de tales documentos, pues

como dice la Sentencia de la AP de Granada, sección 3ª del 9 de febrero de 2016, nº 23/2016:

... Los correos electrónicos que se aportan con el escrito de contestación a la demanda, de los que sólo algunos han sido impugnados por la actora en la audiencia previa, impugnación que por sí sola no les priva de valor probatorio de conformidad con lo previsto en el art. 326 de la LEC que establece que cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, y cuando no se pudiera deducir su autenticidad o no se hubiere propuesta prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”.

En la misma línea también se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4ª), en su sentencia del 22 de mayo de 2013, donde el Tribunal fundamenta de igual forma la validez de los correos electrónicos en base al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a la autenticidad de los correos electrónicos aportados, queremos invocar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011, donde el Alto Tribunal versa acerca de la doctrina que se aplica a la autenticidad de los correos electrónicos, esta doctrina indica que deben de aplicarse las reglas de la sana crítica, concretamente el Tribunal señala “... *para que un documento privado no sea idóneo para constituir medio de prueba es preciso que sea inauténtico, es decir, no provenga de su autor, de modo que no haya coincidencia entre el autor aparente y el autor real. Cuando un documento privado sea impugnado por la parte contraria a quien lo presentó, que lo estima perjudicial a sus intereses, a la parte que lo aportó al proceso le incumbe la carga de probar la autenticidad, lo que no obsta a que la otra parte pueda también intentar acreditar la inautenticidad. Si se demuestra la falta de autenticidad el documento carece de eficacia probatoria y si se acredita que es auténtico es plenamente idóneo para probar “per se “. Cuando no se pudiera deducir la autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, esto es, no consta que sea auténtico, pero tampoco inauténtico, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Para acreditar la autenticidad puede utilizarse cualquier medio de prueba e incluso presunciones, en cuyo caso, la naturaleza de la prueba es la propia del medio empleado y no la del documento objeto de prueba”.*

Por todo lo anterior, creemos más que fundamentada la autenticidad y valor probatorio de los correos electrónicos aportados, para que sirvan como prueba de la existencia de un contexto de conflicto entre ambos socios de la demandada, en el momento que se ha adoptado el acuerdo de aumento de capital por compensación de un crédito a **SIGAAR, BV**.

X.***Abuso de la mayoría en NEWCO, S.A. mediante el acuerdo injustificado de ampliación de capital por compensación de un crédito a SIGAAR, BV.***

Esta parte invoca la infracción del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital donde el legislador prevé una modalidad específica de acuerdo impugnabile. Así el artículo 204.1 II de la Ley de Sociedades de Capital indica:

“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”.

Ya que sostenemos que el acuerdo de aumento de capital por compensación de un crédito a **SIGAAR, BV**, es contrario al interés social de la sociedad el cual debe de primar sobre el interés extrasocial que tenga cada uno de los socios, queremos indicar los siguientes argumentos apoyados en la jurisprudencia y legislación.

En primer lugar, esta parte desea indicar definición que da el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, concretamente la STS825/1998 de 18 de septiembre la cual reproduce la STS del 19 de febrero de 1991 indica *“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”.*

De esta forma queremos indicar al Tribunal que **SIGAAR, BV**, aprovechándose de su mayoría dentro de la demanda, pretende promover intereses extrasociales mediante los acuerdos de la Junta General. Como es el caso del acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito a Sigaar.

Además, debemos indicar que la conducta opresiva de la mayoría tiene como finalidad lograr la salida del socio minoritario **GREED GROUP, S.A.**, causándole así un perjuicio.

Esta conducta opresiva por parte del socio mayoritario, es realizada mediante la dilución de la posición jurídica y económica del socio minoritario en la sociedad a través del aumento de capital, financieramente no justificado. Además, mi mandante no puede acudir a este aumento de capital, ya que, al ser un aumento por compensación de un crédito, se suprime el derecho de preferencia conforme al artículo 304.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por estos motivos, el socio mayoritario **SIGAAR, BV** incurre en un abuso de la mayoría dentro de la entidad demandada.

Ahora bien, para apoyar nuestra argumentación sobre la existencia de un abuso de la mayoría en el acuerdo de aumento de capital social por parte de la demandada, en detrimento del socio minoritario. Queremos indicar en la jurisprudencia reciente que ha tratado esta cuestión, en primer lugar, el Tribunal Supremo, en su STS 87/2018, de 15 de febrero, donde el Alto Tribunal analiza el art. 204.1 II LSC indicando que algunos casos de abuso de mayoría, más que abuso de derecho propiamente dicho, constituyen una infracción

de un deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Por ello, ya que se ha tipificado expresamente este tipo de abuso de mayoría, no es necesario acudir a la disciplina general de abuso de derecho recogida en el art. 7.2 CC.

También en la jurisprudencia menor, encontramos también dos sentencias que versan al respecto, por un lado una sentencia bastante reciente, sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) 191/2019 de 16 de mayo de 2019, donde el Tribunal analiza esta especialidad de abuso de la mayoría y hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referida, bien es cierto que en dicho caso, el Tribunal resolvió indicando que no se da abuso de la mayoría por parte del demandado, ya que la ampliación de capital se realizó correctamente.

Otra sentencia de la jurisprudencia menor que versa sobre esta cuestión es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 23 de noviembre de 2012, en esta sentencia, concretamente el Tribunal resuelve sobre una ampliación de capital donde previamente existía un conflicto entre los socios, como sucede en el presente caso. El Tribunal indicó *“la junta general de socios es soberana para adoptar los acuerdos que estime preciso, pero si las circunstancias del caso evidencian que la finalidad de alguno de los alcanzados en ella (como pudiera serlo el de ampliación de capital) fuera precisamente el perjudicar a un determinado socio, debilitando severamente su participación social, sin que éste tuviera posibilidad de reaccionar en igualdad de condiciones con los demás para evitar tal resultado, podría justificarse la impugnación por ilegal de lo acordado”*

Debemos indicar que, en esta última sentencia mencionada, existía un contexto conflictivo entre los socios, lo cual desembocó en un abuso de la mayoría en detrimento del socio minoritario. Es por ello que sostenemos el argumento de que los correos electrónicos demuestran la existencia de un contexto conflictivo entre ambos socios, en el momento en el que se adopta el acuerdo de aumento de capital por compensación de un crédito a **SIGAAR, BV**.

XI.

Efectos del acuerdo de ampliación de capital por compensación de crédito a SIGAAR, BV para con los Contratos de Colaboración Empresarial

Conforme a lo descrito en el hecho **SEGUNDO**, de la presente demanda, la constitución de la sociedad demandada es fruto de una relación contractual atípica, denominada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 1999 donde señala la naturaleza de los Contratos de Colaboración Empresarial:

“ es una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, que ha sido aceptada y tratada por numerosa jurisprudencia: sentencias de 30 de septiembre de 1976, 21 de octubre de 1977, 30 de noviembre de 1977, 31 de diciembre de 1997, 1 de junio de 1999....Es un contrato que admite gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico, lo que determina además que su función económico social (causa de la obligación, causa en sentido objetivo) se halle especialmente relacionada con la finalidad comúnmente perseguida en cada caso (causa subjetiva, del contrato).”

A partir de esta definición, podemos indicar que la naturaleza de los Contratos de Colaboración Empresarial debido a su naturaleza, pueden tener un objeto dispar, adaptado a las necesidades de las partes que los suscriben.

Apelando a la naturaleza de los Contratos de Colaboración Empresarial o Joint Venture, debemos indicar que los intereses de ambos socios de la demandada, estos son, mi mandante **GREED GROUP, S.A.** y **SIGAAR, BV**, convergen en el objeto de la entidad demanda. Como se puede observar en el contenido de los Contratos de Colaboración Empresarial suscritos con fecha 20 de diciembre de 2019, aportados a esta demanda como **DOCUMENTO N°3**.

Por un lado, mi mandante consigue financiación para la actividad económica que desarrolla en **HABANERA S.A.U.** y **SIGAAR, BV**, se beneficia de la relación contractual ampliado su red comercial y negocio en los mercados caribeño y español.

Por todo ello, al diluir el socio mayoritario la participación de mi mandante, en la sociedad demandada. Mediante el aumento de capital por compensación de un crédito a **SIGAAR, BV**, no actúa con esta decisión conforme al interés social y objeto de la sociedad demandada. Ya que esta ampliación, no persigue el objeto de la sociedad demandada, el cual es fruto de la relación contractual establecida mediante los Contratos de Colaboración Empresarial.

Meramente, esta actitud por parte del socio mayoritario, persigue un interés extrasocial, en perjuicio del interés social y del socio minoritario.

XII.

Costas.

Deben ser impuestas al demandado de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

XIII.

De aplicación los fundamentos que SS^a considere oportunos por el principio “*Da mihi facti, dabo tibi ius*”, en relación con el principio “*Iura novit curia*”.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentada esta demanda con la escritura de apoderamiento acreditativa de la representación, documentos acompañados y copia de todo ello, se sirva admitirla; proceder a su tramitación con arreglo al juicio ordinario; tenerme por parte en el mismo en la

representación que ostento de la mercantil **GREED GROUP, S.A.**, como demandante; dar traslado de la demanda a la parte demandada **NEWCO, S.A.**, y en su día, previa la restante sustanciación legal y recibimiento a prueba que, desde ahora y para el momento procesal oportuno, solicitamos, dictar sentencia dando lugar a los siguientes pedimentos:

1º Declare la nulidad del acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito de **SIGAAR, BV**, adoptado en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de **NEWCO, S.A.** celebrada el 27 de abril de 2020, por infracción del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital, lesionando los intereses sociales en beneficio del socio mayoritario.

2º Subsidiariamente a la anterior petición, si el acuerdo fuese meramente anulable que se declare su ineficacia.

3º En todo caso, condenar a la demanda al pago de todas las costas de este procedimiento.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que interesa al derecho de esta parte valerse, para acreditar los hechos en que fundamenta la presente demanda en los siguientes medios de

PRUEBA

I.- INTERROGATORIO DE LA PARTE CONTRARIA

A fin de que sea citado D. BUD FOX, como Administrador Único saliente, quién promovió 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 poderse tener por ciertos los perjudiciales 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 se niegue o impugne la materialidad 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 AL JUZGADO: Que según lo dispuesto en el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tenga “ad cautelam” por anunciado en tiempo y forma la aportación posterior de Dictamen Pericial en los supuestos y circunstancias previstas en el citado artículo.

TERCER OTROSÍ DIGO: que esta parte solicita la adopción de las siguientes

MEDIDAS CAUTELARES

Mi mandante, solicita la adopción de las medidas cautelares que se indicarán en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO. – El acuerdo cuya nulidad se insta en la presente demanda tiene como objeto la ampliación de capital de la entidad demandada por compensación de un crédito al socio mayoritario **SIGAAR, BV**.

Este acuerdo debe de inscribirse en el Registro Mercantil del domicilio social de la demandada por imperativo del artículo 315.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Una vez que se haya inscrito el acuerdo de aumento de capital, el socio mayoritario titular de las acciones, cuya nulidad se pretende, podrá enajenarlas o constituir gravámenes sobre ellas, por lo que interesa a esta parte que se suspenda el acuerdo impugnado. A estos efectos, me refiero al hecho **PRIMERO**, de la presente demanda

donde se acredita que mi mandante representa más del cinco por ciento del capital social de la entidad demandada. Así también, interesa a mi mandante que se anote preventivamente la demanda en el Registro Mercantil de Barcelona.

Nuevamente se reitera lo alegado anteriormente en la presente demanda sobre los motivos de nulidad o anulabilidad del acuerdo impugnado y señalo que en caso de que no se lleve a cabo la adopción de tales medidas, la entidad demandada procederá a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil de su domicilio social. Mediante la inscripción, el titular de las acciones originadas por el aumento de capital, podrá enajenar estas, de buena fe frente a terceros lo cual impediría o dificultaría la ejecución de la sentencia a dictar en el presente pleito.

También esta parte indica que, en el acta del acuerdo de aumento de capital impugnado, mi mandante votó en contra de este aumento de capital, ya que considera que se ha producido un ejercicio abusivo de la mayoría. Además, este aumento de capital no responde a una necesidad razonable de la sociedad, sino que su adopción se debe a un interés extrasocial del socio mayoritario.

Esta parte ofrece constituir caución conforme a la cuantía que estime el Tribunal adecuada a los daños y perjuicios que puedan ocasionarse, conforme al art. 155.2 RRM.

Por todo lo anteriormente expuesto invoco los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.

Competencia.

Conforme al artículo 723.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el Tribunal que se competente para conocer de la demanda principal.

II.

Legitimación activa.

Corresponde a mi mandante, quien es actor en la presente demanda y ostenta más del uno por ciento del capital social, todo ello conforme al artículo 721 y 727. 10º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III.***Medidas cautelares específicas solicitadas.***

Se solicitan las medidas cautelares previstas en el artículo 727 apartados 5º y 10º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV.***Periculum in mora, fumus boni iuris y caución.***

Conforme al artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte considera que ha justificado los elementos que el legislador prevé en dicho artículo.

V.***Procedimiento.***

El procedimiento para la adopción de medidas cautelares se realizará conforme a lo previsto en los artículos 730 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así también, se invoca el artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En base a los anteriores hechos y fundamentos de derecho formulo al Juzgado la siguiente

SOLICITUD

Que se sirva convocar a la entidad demandada a una vista y, terminada ésta, se dicte resolución accediendo a la presente solicitud y disponiendo la anotación preventiva de la demanda formulada por mi mandante contra la demandada en el Registro Mercantil a cuyos efectos se deberá dirigir mandamiento al Sr. Registrador Mercantil de Barcelona, para que proceda a la anotación interesada en el Tomo 1234, Libro 259, Folio 75, Hoja B-586247.

Así como la suspensión del acuerdo social impugnado, a cuyo efecto se deberá dirigir requerimiento al Administrador Único de la demandada el Sr. Glauser Roist, ordenando que no proceda a otorgar escritura formalizando el aumento de capital, ni emitir

acciones, ni a efectuar cualquier otro acto que esté dirigido a consolidar, el aumento de capital acordado en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 27 de abril de 2020, que queda provisionalmente suspendido.

AL JUZGADO SUPPLICO: Tenga por hecha la anterior solicitud y designación de archivos y proceda a su tenor, y en su caso, provea.

Es Justicia que pido y firmo en Barcelona a 5 de enero de 2021.

Letrado

D. Davyd Yatskiv

Procurador

D. Manuel Cortijo Hontanilla

INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN

En este informe analizaremos de forma breve los posibles argumentos que puede esgrimir en su contestación la mercantil Newco, los cuales indicamos a continuación:

- La demanda podría alegar en su contestación que la ampliación de capital se realiza para sanear las cuentas de Newco debido a la mala situación en el sector de la industria cigarrera mundial y la crisis de demanda de sus productos provocados por la pandemia del COVID-19.

Mediante este argumento, la demandada Newco pretendería indicar que mediante el aumento de capital únicamente se está realizando una modificación contable. De tal forma que disminuye el pasivo, lo cual se debe a la disminución de la capitalización del crédito. Por otro lado, aumenta la capitalización de la sociedad y con ello podrían indicar que este aumento de la capitalización sería positivo para obtener crédito de entidades financieras y remontar así el negocio.

- Otro argumento que podrían emplear la demandada Newco, sería negar la existencia de abuso de mayoría por parte de socio mayoritario.

Este argumento podría sostenerse por la parte demandada, indicando que la Junta General Extraordinaria de Newco, se convocó y celebró cumpliendo con todas las garantías que prevé la Ley de Sociedades de Capital y los Estatutos de la sociedad.

- La parte demandada también podría alegar el interés social del aumento del capital por compensación del crédito de Sigaar.

Para sostener este argumento, la demandada Newco, puede indicar que el fin de este aumento de capital, es evitar que la sociedad mercantil pueda situarse en una de concurso de acreedores. Además, en este argumento podría indicar la demandada que este aumento de capital se realiza conforme al objeto de Newco, es decir, teniendo en cuenta los intereses de la *Joint Venture*, constituida por Greed Group y Sigaar. Para apoyar este argumento, la demandada podría indicar que, mediante el aumento de capital, ya que se subsanan las cuentas de la sociedad, protege los intereses y beneficio común de ambos socios.

- Por último, por parte de Newco, cabría la posibilidad de que niegue o impugne los correos electrónicos que se han aportado junto a la demanda de impugnación.

Para sostener este argumento, la demandada podría indicar que los correos o bien son falsos, o se ha falseado su contenido o que los correos electrónicos están sacados fuera de contexto y no tienen ninguna relación con la causa del proceso. A la demanda le interesa invalidar esta prueba, ya que esta demuestra que podía existir un interés extrasocial en el aumento de capital.

En cuanto a las posibilidades de que la parte demandada pueda reconvenir la demanda de impugnación del acuerdo social de aumento de capital por compensación del crédito de Sigaar. Debemos indicar, que no vemos posible una reconvencción por parte de Newco. Ello debido a lo que prevé el legislador en el art. 406.1. LEC donde indica lo siguiente *“Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.”*

Por lo tanto, entendemos, que Newco no tiene motivos para poder formular una posible reconvencción frente a la demanda de impugnación del acuerdo social de aumento del capital por compensación de crédito de Sigaar.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, C. (1991): *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudio en homenaje a José Giron Tena*, Madrid, Civitas.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A. (2010): *Boletín de Mercantil El Derecho*, 1 de marzo de 2010, Madrid, El Derecho Editoriales.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D. (2010): *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 1 de febrero de 2010, nº4, Madrid, El Derecho Editoriales.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019): *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, nº 76, Madrid.

MEGÍAS LÓPEZ, J. (2014): *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVII, Madrid.