



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

ICAI

ICADE

CIHS

***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA  
Y DERECHO DE EMPRESA***

**Trabajo de Fin de Máster de Derecho de Empresa (MUDE)**

**Opción A**

**Elena Aguayo Martínez-Sagrera**

Tutora: Marta Gisbert Pomata

Grupo A

11 de enero de 2021

## **0. Índice de contenido**

### **0. Índice de contenido**

#### **1. Informe de estrategias para el Sr. Fox y el Sr. Roist y valoraciones de elementos fundamentales a tener en cuenta para iniciar acciones judiciales o neutralizarlas**

##### **1.1. Cuestiones procesales:**

- 1.1.1. Medidas cautelares
- 1.1.2. Competencia y jurisdicción
- 1.1.3. Legitimación activa y posibilidad de litisconsorcio pasivo
- 1.1.4. Procedimiento a seguir
- 1.1.5. Proposición de pruebas y medios de prueba

##### **1.2. Cuestiones materiales:**

- 1.2.1. Base jurídica de las posibles demandas:
  - 1.2.1.1. Responsabilidad de la firma de auditoría*
  - 1.2.1.2. Responsabilidad de los administradores*
  - 1.2.1.3. Declaración de daños irrogados por supuesto falseamiento de la contabilidad al valorar Habanera*
  - 1.2.1.4. Aspectos societarios intragrupo*
  - 1.2.1.5. Desviación de clientela como posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko*
- 1.2.2. Mancomunidad y solidaridad de los administradores
- 1.2.3. Valoración de la Joint Venture
- 1.2.4. Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos
- 1.2.5. Valor probatorio de los correos electrónicos
- 1.2.6. Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados

#### **2. Escrito de demanda inicial**

#### **3. Informe sobre la previsión de la contestación contraria y posible reconvencción**

#### **4. Bibliografía**

**1. Informe de estrategias para el Sr. Fox y el Sr. Roist y valoraciones de elementos fundamentales a tener en cuenta para iniciar acciones judiciales o neutralizarlas.**

**1.1. Cuestiones procesales:**

**1.1.1. Medidas cautelares**

Las medidas cautelares se otorgan con el objetivo de garantizar la eficacia de una posible sentencia estimatoria “de manera que no pueda verse impedido o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente” como establece el artículo 726.1.1ª Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “**LEC**”) además de garantizar la tutela jurisdiccional de los tribunales en relación con el artículo 24.1 de la Constitución española. En este caso, lo que pretenden el Sr. Fox y el Sr. Roist es evitar que la situación de Newco vaya a peor por la pésima gestión del Sr. Gekko y, por ello, deben solicitar medidas cautelares cuanto antes como parte demandante.

El momento para solicitar las mismas es, con carácter general, es junto a la demanda principal. Sin embargo, con carácter excepcional, se pueden solicitar antes del inicio del procedimiento, siempre que quede acreditada la urgencia o necesidad de las mismas, es decir, el motivo por el que las medidas no pueden esperar a la interposición de la demanda principal (cosa diferente a la justificación del *periculum in mora* que explicaremos a continuación)<sup>1</sup>. En el caso que se decida por solicitar las medidas cautelares previamente a la interposición de la demanda, los solicitantes han de tener en cuenta que, desde la adopción de las mismas, en virtud del artículo 730.2 LEC, deben interponer la demanda dentro de los 20 días siguientes y, en el caso de no hacerlo, las consecuencias serán el alzamiento o revocación de los actos de cumplimiento de las medidas, la condena en costas del solicitante y la declaración de la responsabilidad del solicitante de los daños y perjuicios causados al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

---

<sup>1</sup> J Garberí Llobregat, *Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 135.

En el momento en que se soliciten lo más importante es demostrar los presupuestos que han de concurrir para que se puedan otorgar las medidas cautelares en virtud del artículo 728 LEC<sup>2</sup>:

1. Periculum in mora o peligro de mora procesal: los solicitantes de las medidas cautelares específicas deben justificar que, en el caso de no adoptarse las medidas, podrían producirse situaciones que impidan o dificulten la tutela que se otorgue una eventual sentencia estimatoria, sin ser necesario que sea “imposible” la ejecución de la posible sentencia estimatoria como se menciona en las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de octubre de 2011 o la de Madrid de 8 de julio de 2011. Los solicitantes en el caso concreto deben alegar la falta de diligencia del Sr. Gekko al no estar gestionando la distribución de los productos de la Newco en la situación de pandemia mundial actual y, que, si no se llevan a cabo las medidas solicitadas, Newco podría acabar en una situación difícil de superar.
2. Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho: los solicitantes deben llevar a cabo un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión del solicitante de las medidas. De esta manera, la jurisprudencia ha declarado en las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de marzo de 2005 o la de Alicante de 29 de febrero de 2012, entre otras, que este requisito requiere que se “acredite la verosimilitud o apariencia de que las pretensiones del demandante tienen posibilidad de ser estimadas en la resolución definitiva que se dicte”. En el caso que nos ocupa se podrán aportar informes realizados por expertos que demuestren la situación en la que se encuentra Newco haciendo inciso en el hecho de que lo que está causando esta situación es la llevanza de la sociedad por el Sr. Gekko.
3. Caución suficiente: la necesidad de otorgar una caución suficiente surge de la posibilidad de que se tenga que suplir al afectado por la medida cautelar por los daños y perjuicios que se le han ocasionado por el otorgamiento de la misma en caso de que haya una sentencia desestimatoria. Además, aunque no parezca, en principio, esencial, en el caso de no ofrecer una caución en la solicitud de la

---

<sup>2</sup> A Aragall Servitje, C Ramón García y A Carneros Ruíz, *Medidas cautelares en el orden civil*, Economist & Jurist, 2017.

medida, esto constituye según parte de la jurisprudencia una falta de presupuesto para la adopción de medidas cautelares de carácter insubsanable (Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2005, de Barcelona de 6 de mayo de 2011 o de Madrid de 6 de julio de 2004, entre otras).

Es importante tener en cuenta que, una vez sean adoptadas, en el caso de que el juez lo mande, el Sr. Gekko podrá oponerse a las mismas en virtud del artículo 739 LEC. Este artículo reconoce que, “en los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, éste podrá formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares”. Para que prospere la oposición, además de aportar una caución sustitutoria, el Sr. Gekko debe alegar que las medidas cautelares son improcedentes porque el perjuicio que implica su adopción es mayor a lo que se pretende proteger.

Por último, como consecuencia del carácter accesorio de las medidas cautelares, en caso de que la sentencia sea absolutoria, las medidas cautelares perderán su razón de ser y deberán alzarse en virtud de los artículos 744 y 745 LEC. Este alzamiento se acordará de oficio en el momento en que la sentencia sea firme, mientras que no haya adquirido firmeza, el artículo 744.1 LEC permite que se mantenga o en otro caso se sustituya por otra medida que se adecue más a la nueva situación.

### **1.1.2. Competencia y jurisdicción**

Para determinar la competencia y jurisdicción aplicable a este caso, hemos de determinar los siguientes criterios:

- (i) Objetivo: por razón de materia serán competentes para conocer de todos los asuntos civiles cualquiera que sea su materia en primera instancia precisamente los juzgados de primera instancia (Artículo 85.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, “**LOPJ**”) y, por razón de cuantía se hace referencia al interés pecuniario que interesa en cada proceso.
- (ii) Territorial: consiste en atribuir el conocimiento de un proceso a un órgano jurisdiccional de una determinada jurisdicción. La LEC establece como criterio para determinar la competencia, la llamada sumisión de las partes ya sea expresa

o tácita. Ésta es por lo general siempre posible salvo que la ley disponga el carácter improrrogable de algún fuero.

(iii) Funcional: consiste en ver quién conoce los aspectos parciales de un proceso.

En el caso ante el que nos encontramos existe una cláusula por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarán ante los Juzgados y Tribunales de Valencia. Esta cláusula se incluye dentro del contrato mediante el cual se formaliza la constitución de la Joint Venture, a través de la de creación de la sociedad Newco. Esta sumisión está permitida por el principio de la autonomía de libertad que emana del artículo 1255 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “CC”) que establece que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Además, el artículo 55 LEC señala que, “se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren”. Este tipo de cláusulas, aun estando permitidas por estos artículos, deben ser analizadas en el caso concreto para concretar si son válidas o no.

Por ello, la cláusula de sumisión es válida y serán competentes los Juzgados de lo Mercantil de Valencia en virtud del artículo 86 ter.2.a LOPJ que prevé que “los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a [...] aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”.

### **1.1.3. Legitimación activa y posibilidad de litisconsorcio pasivo**

El Sr. Fox y el Sr. Roist, en nombre de Sigaar, tienen legitimación activa en virtud del artículo 10 LEC que prevé que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. Éstos son titulares del objeto litigioso ya que son los principales perjudicados de las actuaciones llevadas a cabo por los diferentes sujetos a los que van a demandar que más tarde analizaremos.

En cuanto a la legitimación pasiva, tenemos que dividir entre:

A. Administradores de Habanera y de Greed Group: como prevé el artículo 236 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”), los administradores, de hecho o de derecho, responden del daño causado frente a la propia sociedad, los accionistas y los acreedores, siempre que haya intervenido dolo o culpa. En este caso, como administradores, han incumplido su deber de diligencia y, en particular, su deber de la correcta llevanza de la contabilidad y, al haber causado un perjuicio, deben responder ante los perjudicados.

En cuanto a la legitimación para pedir responsabilidad a la matriz o a la filial, analizaremos este asunto en el apartado 1.2.1.4 de este documento.

B. Pufosa Asesores Financieros (en adelante, “Pufosa”): en virtud del artículo 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante, “LAC”), “los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo”. Por ello, como más tarde explicaremos, al haber incumplido su especial deber de diligencia por razón de su oficio al no haber detectado las irregularidades en la contabilidad, deben responder por los daños y perjuicios causados.

C. Sr. Gekko: no es administrador de derecho como tal pero podemos encuadrarlo en la figura llamada administrador de hecho. Los administradores de hecho son aquellos que, sin haber sido formalmente nombrados como administradores (de derecho), juegan un papel relevante en la sociedad y, el Sr. Gekko, al estar encargado de la gestión de Newco, se le puede considerar como administrador de hecho y, en consecuencia, deberá atender a los deberes inherentes a la clasificación como tal (deber de diligencia, deber de lealtad, etc.) con su posible responsabilidad en caso de incumplimiento.

Para explicar con más precisión la figura del administrador de hecho, acudimos a la jurisprudencia que emana de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016, de 22 de julio de 2015, de 4 de diciembre de 2012 en virtud de las cuales, “quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los

administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”. Además, esta jurisprudencia exige tres requisitos claros para considerar a una persona como administrador de hecho y son los siguientes: “(i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; (ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y (iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad”<sup>3</sup>. De esta manera la actuación llevada a cabo por el Sr. Gekko vemos que encaja en estos requisitos ya que es el responsable de la actividad de la sociedad por completo de forma continuada e independiente.

Una vez analizada la legitimación activa y pasiva para las posibles demandas, continuamos con el análisis de la figura del litisconsorcio.

La demanda que vamos a redactar va a ser una única demanda contra el Consejo de Administración de Habanera, la auditora Pufosa y el Sr. Gekko como administrador de hecho de Habanera. Por ello, estamos ante la figura del litisconsorcio pasivo necesario. El objetivo de esta figura es la de impedir posibles sentencias contradictorias que no puedan ser ejecutadas. Así, pueden acumular las acciones en virtud de los artículos 12.1 LEC que prevé que “podrán comparecer en juicio varias personas, como [...] demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir” y el artículo 72 LEC que establece que “podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos [...], siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir” añadiendo que, “se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”.

#### **1.1.4. Procedimiento a seguir**

---

<sup>3</sup> J Sánchez-Calero Guilarte, *Acreedores financieros y administradores de hecho (Financiación empresarial y operaciones de reestructuración)*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº27, Julio 2017.

El procedimiento a seguir es el civil ordinario. Éste se inicia con la demanda en virtud del artículo 399 LEC, una vez presentada, el Letrado de la Administración de Justicia la admite o inadmite y, en el momento en que se admite y se da traslado a los demandados que tendrán 20 días desde la notificación para contestar a la demanda y, en su caso, reconvenir. La contestación será redactada con las mismas formalidades que la demanda teniendo la opción de demandar a su vez al demandante a través de la reconvencción. En caso de reconvenir, se repite el mismo mecanismo y, el ahora demandado, podrá contestar en un plazo de 20 días.

Una vez se haya contestado a la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes a una Audiencia Previa, figura regulada en los artículos 414 y siguientes LEC. En este acto se intenta que se llegue a un acuerdo o incluso se realiza una mediación con el fin de que se llegue a uno para evitar que se lleven a cabo juicios que no sean estrictamente necesarios. El objetivo de la Audiencia Previa es resolver las cuestiones procesales, fijar el objeto del proceso y la proposición y admisión de prueba para el posterior juicio.

Por último, se llevará a cabo el juicio oral, que tendrá por objeto: (i) la práctica de pruebas de declaración de las partes y la testifical, (ii) la prueba pericial, (iii) el reconocimiento judicial, en su caso, y (iv) las pruebas de reproducción de palabras, sonidos e imágenes. Tras el juicio se da al juez o tribunal 20 días para que dicte sentencia pero, en la práctica es común que tarden más tiempo en dictarlas por la acumulación que sufren actualmente los juzgados.

Es importante destacar que es preceptivo durante el procedimiento comparecer junto a procurador y abogado, además de otras muchas precisiones que no es necesario exponer en este breve resumen del procedimiento civil ordinario.

#### **1.1.5. Proposición de pruebas y medios de prueba**

El Capítulo VI de la LEC está dedicado a los medios de prueba y las presunciones, comenzando por el artículo 299.1 LEC que enumera los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio y estos son: el interrogatorio de partes, los documentos públicos, los documentos privados, los dictámenes de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos. Además, en su párrafo segundo añade que, “también se

admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. El tercer apartado del artículo abre una “caja desastre” al aceptar como medio de prueba “cualquier otro medio no expresamente previsto [...] [por el que] pudiera obtenerse certeza sobre los hechos relevantes [...]”.

Como vemos, hay una libertad amplia para elegir los medios de prueba necesarios por el que las propone para defender su postura siempre que mediante la misma se obtenga certeza sobre los hechos relevantes que se pretenden probar. Además de las pruebas que propongan las partes, que suelen ser todas o la gran parte de las propuestas, el tribunal también tiene, en virtud del artículo 282 LEC capacidad para acordar pruebas de oficio.

Una vez las partes hayan propuesto las pruebas, el tribunal debe analizar su pertinencia y admitirlas o no admitirlas teniendo las partes opción de interponer recurso de reposición contra dicha decisión y decidiendo el tribunal en ese momento si estima el recurso o no como prevé el artículo 285 LEC.

Viendo la variedad de opciones con las que cuentan los demandantes como medios de prueba, consideramos que las más pertinentes son las siguientes:

- Interrogatorio de partes: los demandados van a ser los que conozcan con mayor exactitud la situación en la que se encuentra la sociedad y la situación a la que se ha llegado debido a las actuaciones realizadas por ellos mismos que han llevado a la sociedad a una disminución de ventas, entre otras cosas. De esta manera el tribunal podrá analizar sus respuestas a las preguntas que se le realicen y valorar la situación en primera persona. Además, los demandados van a tener que argumentar sobre las cuentas que son supuestamente incorrectas y que, en el caso de los administradores de Greed Group son los que las han elaborado y, en el caso de Pufosa, los que han debido darse cuenta de que estaban mal.
- Interrogatorio de testigos: en el caso de demandar al Sr. Gekko por competencia desleal, los testigos que propondríamos serían los clientes a los que está captando el Sr. Gekko perjudicando así a Habanera al consistir sus actuaciones,

como queda demostrado, en un acto de competencia desleal por consistir en una clara y evidente desviación de clientela. Además, como sabemos, de acuerdo con el artículo 365.1 LEC, los testigos están obligados a decir la verdad, por lo que, si no quieren cometer un delito de falso testimonio en causa civil, deberán responder con la verdad a las preguntas que se le realicen.

- Informe pericial: el informe consistirá en el análisis de los informes que se han aportado por las partes durante todo el proceso de la compraventa para valorar su veracidad. Además, se va a contratar una auditoría nueva de la sociedad Habanera por auditores de primer nivel para determinar el valor real de la sociedad, una vez más y basando los datos en información contable veraz y que realmente refleje la imagen fiel de la sociedad, para poder comparar éste con el valor obtenido en los informes previos.
- Prueba documental: con el fin de conocer las cuentas además de utilizarlas para la realización de una correcta auditoría a la sociedad Habanera, se pedirá una prueba documental de los documentos contables de la misma para poder acreditar con certeza la falsedad contable que se alega además de el pago de un precio mayor al que se debió pagar por cada acción de Habanera ya que, como se ha visto y defendemos, los referidos informes incrementan notablemente el valor del EBITDA de Habanera. Además, se pedirá prueba documental de los correos electrónicos “subidos de tono” que se intercambiaron entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox en los que el primero niega las irregularidades, que, como comentaremos más tarde, los correos electrónicos ya son aceptados como prueba en el proceso civil por el Tribunal Supremo.

## **1.2. Cuestiones materiales:**

### **1.2.1. Base jurídica de las posibles demandas:**

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

Sigaar encarga a Pufosa la realización de un Informe de revisión financiera con el fin de que un experto independiente, el auditor, verifique la veracidad de las cuentas dadas por los Greed Group para tomar una decisión sobre realizar o no una operación de manera

totalmente informada. La concreta firma de auditora tiene reconocido prestigio en España y en el informe analiza los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y detallando la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019. Con la información contenida en este informe y otra complementaria, Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019.

En cuanto a la responsabilidad que suscita la realización de un informe por auditores, como hemos visto, el artículo 26 LAC, prescribe que “los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo”. De esta manera, se remite a los artículos 1101 y 1902 CC relativos a responsabilidad contractual y extracontractual. La sociedad de auditoría de cuentas, Pufosa, responderá por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del CC con las siguientes particularidades:

- Art. 26.2 LAC: “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero. A estos efectos, 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 este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión. La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros”.
- Art. 26.3 LAC: “Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría.

Viendo las particularidades que existen al analizar la responsabilidad de auditores, es importante ver los requisitos que han de concurrir para que estos deban responder por su actuación<sup>4</sup>:

1. Incumplimiento de los deberes profesionales del auditor: estos deberes se integran en la “lex artis ad hoc” al ser la responsabilidad civil imputable subjetivamente y ser la función de auditor comprobar que los estados contables son lo suficientemente fiables como para reflejar la imagen fiel de Habanera. Estos deberes conllevan una diligencia mayor a la del deudor común del artículo 1104 CC al ser el auditor un profesional y, por ello, estar sometido a las “Normas técnicas de auditoría” (Resolución del ICAC de 19 de enero de 1991). Por ello, en cumplimiento de sus deberes profesionales debe revisar que se hayan cumplido con las reglas materiales y formales a la hora de realizar los estados contables excluyendo opiniones del propio auditor que den lugar a datos no veraces o subjetivos. Estas comprobaciones en ningún caso conllevan que los auditores deban tomar iniciativa en indagar sobre fraudes o errores que puedan existir en los documentos que se les ha dado, sino que, deben llevar a cabo procedimientos que les permitan obtener la “seguridad razonable” de detectar irregularidades y errores que puedan afectar a la situación patrimonial de la compañía pero no más de las irregularidades que sea “razonablemente posible” detectar (STS de 9 de octubre de 2008, caso XM Patrimonios).

En el caso que nos encontramos, Pufosa ha realizado un informe utilizando información que le ha sido otorgada por Greed Group, y que, en principio, de forma aparente parece completa. Los documentos contables se trasladaron a Pufosa junta al Vendors Due Diligence, que se realiza mediante el análisis de información otorgada por la sociedad que se investiga, por lo que los auditores deben haber tenido acceso a documentación objetiva y veraz la cual han analizado para la elaboración de un informe mostrado la imagen fiel de la compañía sin tener el informe de auditoría por qué tener errores u omisiones. Sin embargo, al saber que la sociedad no estaba en su mejor momento ya que era sabido por todos que estaba sufriendo una crisis, como auditores, debieron haber notado que los números de la contabilidad que se les otorgó estaban “inflados”.

---

<sup>4</sup> JM Busto Lago, *Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de los terceros de confianza: perspectiva desde la responsabilidad civil de auditores y de las agencias de rating y la teoría de las flood gates*, Universidad de A Coruña, 27 de junio de 2014.

Por ello, en virtud de sus deberes de diligencia de grado mayor al del deudor común debieron advertir a su cliente de que la contabilidad estaba falseada o, al menos, que podría estar incompleta.

2. Existencia de un perjuicio o bien a la entidad auditada o a terceros como consecuencia del incumplimiento de los auditores. El perjuicio que alegan por parte de Habanera es que se adquirieron las acciones por una cantidad inferior a la que realmente era. Por lo que el perjuicio es la diferencia entre lo que se pagó y lo que se debió pagar si se hubiera realizado correctamente la auditoría.
3. Imputación objetiva de los perjuicios a la sociedad de auditoría Pufosa: se puede imputar la conducta ya que, Sigaar no tenía los conocimientos suficientes como para ver que las cuentas estaban falseadas. Sin embargo, Pufosa sí que debió advertir como hemos mencionado y, si Sigaar contrató a una auditoría tan prestigiosa era precisamente para evitar una situación como la que se encontró.

Además, se está dentro del plazo para exigir responsabilidad a Pufosa ya que, de acuerdo con el artículo 26.5 LAC, “la acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría”.

Por otro lado, cabe mencionar la responsabilidad penal que puede derivar de la negligencia de los auditores. Se trataría de la imputación al auditor externo de una cooperación necesaria en los delitos de falsedad de cuentas anuales y estafa de inversores. En el reciente caso de Pescanova, el Tribunal Supremo, en la sentencia número 14/2020 del 6 de octubre de 2020, atribuyó estos delitos a la firma de auditoría al establecer que, con la documentación con la que contaban, debían haber advertido que el resultado positivo que arrojaba la situación financiera de la sociedad no se correspondía con la realidad poniendo de manifiesto todas la incoherencias, descuadres de cifras e inexactitudes que reflejaban sus papeles de trabajo. El Tribunal Supremo, como vemos, acepta de forma tácita la cooperación del delito, aún no teniendo pruebas de ello, que el auditor emitió un informe sin salvedades y confirmó que la sociedad ofrecía una imagen fiel de su situación económica pese a conocer que no era así<sup>5</sup>. Por

---

<sup>5</sup> B Carballo España, *Claves de la condena al auditor externo en el caso Pescanova*, 19 de diciembre de 2020, enlace: [Claves de la condena al auditor externo en el caso Pescanova](#)

ello, se debe demostrar que, en el caso en que la información que se le dió a Pufosa no era exacta, Pufosa llevó a cabo actuaciones suficientes a través de las que no pudo conocer las posibles irregularidades de las cuentas.

### ***1.2.1.2. Responsabilidad de los administradores***

En virtud del artículo 225.1 LSC, “los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”. Esta expresión de “ordenado empresario” equivale a la expresión del artículo 1104 CC, “buen padre de familia”, como ha quedado establecido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza del 5 de diciembre de 2005, entre otras. La calificación de la figura del “administrador” como “empresario” para poder conectar estos dos términos ha sido aceptado por la doctrina al ser la figura encargada de la gestión y representación de la empresa, al final, se trata de ser un ordenado empresario<sup>6</sup>. Todo esto lleva a los administradores a tener dos obligaciones principales. La primera es la obligación de dedicarse de manera adecuada a su cargo y adoptar las medidas pertinentes que conlleven a una buena dirección y control de la sociedad. La segunda es la obligación de exigir y recabar de la sociedad la información pertinente. Ésta última queda reflejada en que, el administrador, debe estar informado de todos los asuntos que rodean a la sociedad en todo caso<sup>7</sup>.

Sin embargo, las actuaciones de los administradores no están del todo desprotegidas, ya que, la llamada “business judgment rule” les ampara en el caso de cumplir una serie de requisitos. Esta regla de origen anglosajón establece un estándar de conducta diligente que permite garantizar al administrador afectado una especie de “inmunidad” en la toma de decisiones cuando éstas se toman en el ámbito de la discrecionalidad empresarial. Esta inmunidad se otorga siempre que se cumplan los siguientes requisitos<sup>8</sup>:

- Deben actuar de buena fe en virtud del artículo 7.1 CC.

---

<sup>6</sup> I Ramos Herranz, *El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario*, 2018. [El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario\\*](#)

<sup>7</sup> M Faus, *Obligaciones del administrador de una sociedad*, VLex, 2020.

<sup>8</sup> Garrigues, *La ‘business judgment rule’, un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas*, 2018, enlace: [La ‘business judgement rule’, un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas](#)

- Deben actuar sin que exista un interés personal diferente del interés de la sociedad, promoviendo el objeto y el fin social de la misma o, lo que es lo mismo, actuar sin que exista un conflicto de interés que afecte en el procedimiento de toma de decisión.
- Deben actuar con la información suficiente y necesaria para tener un completo conocimiento de causa. Este deber viene del deber general de diligencia del artículo 225.3 LSC que establece que, “en el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.
- Deben seguir el procedimiento adecuado para llegar a la toma la decisión que quede establecido en la Ley, los estatutos sociales o el reglamento del consejo.

En el caso en el que nos encontramos, se ha de analizar la conducta llevada a cabo por el Sr. Gekko que, como administrador de hecho, ha llevado a cabo para que la sociedad Habanera haya bajado sus ventas significadamente. El artículo 236 LSC prevé que, los administradores, de hecho o de derecho, responden del daño causado frente a la propia sociedad, los accionistas y los acreedores, siempre que haya intervenido dolo o culpa. La ley, para que se pueda pedir responsabilidad, nos da dos vías: la acción individual y la acción social. La mayor diferencia entre estas radica en quien recae el daño producido por los administradores. En el caso de que recaiga sobre el patrimonio de la sociedad, procede la acción social y si recae sobre el patrimonio de los accionistas individualmente considerados o sobre terceros, correspondería la acción individual. Además, para ejercitar la acción social, es necesario el previo acuerdo de la junta general en virtud del artículo 238 LSC.

La acción individual se regula en el artículo 241 LSC, que ofrece a los socios y terceros la posibilidad de ejercitar dicha acción para la indemnización del daño producido directamente sobre sus intereses como consecuencia de la actuación de los administradores.

Los requisitos para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad son, como nos recuerda la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) número 2104/2020 de 7 de octubre de 2020, “(i) un acto negligente imputable al administrador; (ii) que del mismo se derive un daño para el acreedor o el socio; y (iii)

que entre el acto ilícito y el daño reclamado exista un enlace preciso y directo, esto es, nexo de causalidad”. Además, la Audiencia Provincial citó la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (STS de 18 de abril y 13 de julio de 2016) que establece que, “para que pueda imputarse a la administradora [la actuación realizada] [...], debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social” y añade que, “debe hacerse un esfuerzo argumentativo [...] por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos”.

En este caso, las actuaciones llevadas a cabo por el Sr. Gekko como administrador de hecho y que se han de probar para que responda por responsabilidad individual por la mala llevanza de la sociedad son las siguientes: (i) se debe probar la falta al deber de diligencia de por el hecho de no haber llevado a cabo las actuaciones debidas o el procedimiento que debían al tomar las decisiones, (ii) también deben probar que mediante esa falta de diligencia se ha producido un perjuicio en el patrimonio de la sociedad que ha quedado reflejado en la caída de las ventas de Newco, y (iii) que entre la primera y la segunda ha habido una relación de causalidad, como ya hemos mencionado, es decir, que el no haber actuado los administradores con la debida diligencia ha sido la causa de la caída de las ventas de la sociedad.

Además, de esta acción individual de responsabilidad contra el Sr. Gekko, también se puede ir contra los administradores de Greed Group por incumplimiento de sus deberes de diligencia a la hora de formular los documentos contables de Habanera. Este último punto lo analizaremos en el siguiente apartado (apartado 1.2.1.3).

### ***1.2.1.3. Declaración de daños irrogados por supuesto falseamiento de la contabilidad al valorar Habanera***

Sigaar acusa a los administradores de Habanera de haber falseado la contabilidad con el fin de incrementar el EBITDA y que el precio final de la compraventa de Habanera fuera mayor al valor real. Esta conducta puede ser castigada en el ámbito civil como responsabilidad de los administradores frente a terceros por el incumplimiento de ordenada llevanza de la contabilidad y correcta elaboración de las cuentas anuales y en la vía penal por falseamiento de la contabilidad.

Vía civil: Sigaar va a tener una acción individual contra los administradores de Habanera en virtud del artículo 241 LSC, ya analizado en el apartado anterior, para hacer frente a la situación creada por el falseamiento de la contabilidad. En el caso presente debemos atender al incumplimiento de los deberes de los administradores de correcta formulación, presentación y publicación de las cuentas anuales que vienen previstas en los artículos 254 y siguientes LSC.

El Sr. Roist y el Sr. Fox, en nombre de Sigaar, deben acreditar la antijuricidad del comportamiento basándose en la falta de diligencia de los administradores que realizaron las cuentas anuales y, tras demostrar esto, deben probar la atribución o imputación objetiva del daño causado. El Tribunal Supremo recuerda en la sentencia de 23 de mayo de 2014 que “esta acción individual de responsabilidad de los administradores [...] supone una especial responsabilidad extracontractual en un marco societario, que cuenta con una regulación propia [...]. Se trata de una responsabilidad por “ilícito orgánico”, entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo” y la Sentencia de la Audiencia Provincial de este mismo asunto aclara aún más el asunto estableciendo que, “el comportamiento imputado a los administradores consiste en haber formulado las cuentas sociales en términos en los que las mismas no mostraban la imagen fiel del patrimonio de la sociedad” añadiendo que “cualquier irregularidad cometida en su elaboración les es imputable a los administradores, sea por acción u por omisión”. Con esta jurisprudencia queda claro que, las irregularidades en la llevanza de la contabilidad se les va a imputar a los administradores que son los que la realizan y que tienen que velar porque se cumplan con los deberes derivados del deber de diligencia en todo momento y, en consecuencia, presentar unas cuentas anuales que realmente muestren la imagen fiel de la sociedad<sup>9</sup>.

Ahora bien, los demandantes también deben demostrar que, además de los elementos ya explicados anteriormente en el apartado 1.2.1.2, en el caso de que se hubieran formulado bien las cuentas anuales, los auditores (Pufosa) habrían realizado un informe con un resultado diferente y que el resultado de la operación no habría sido el mismo.

Lo que van a reclamar en este caso es (i) la diferencia entre el precio pagado y el precio real de las acciones y/o (ii) la indemnización de daños y perjuicios por los perjuicios

---

<sup>9</sup> F Martín de la Bárcena, *Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1ª de 22 de diciembre de 2014)*, Revista de Derecho de Sociedades nº44, págs. 335 a 352, 2015.

sufridos durante toda la operación. Incluso podrían argumentar que, de haber visto las cuentas anuales sin ningún tipo de error, ni siquiera hubieran llevado a cabo la operación por estar la sociedad en una situación de crisis en la que no les merecía la pena adentrarse como inversores.

#### ***1.2.1.4. Aspectos societarios intragrupo***

La cuestión que nos interesa es analizar a qué sociedad, dentro del grupo, corresponde, o es extensible, la atribución de responsabilidad en el caso de que alguna empresa del grupo ha incurrido en ella. La legislación española no regula de forma extensa este asunto pero encontramos unas pinceladas en los artículos 42 y siguientes del CCo.

El artículo 42 CCo prevé la existencia de un grupo cuando “una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, en control de otra u otras”. Se trata, por tanto, de un criterio de existencia de control, real o potencial, directo o indirecto, que es sustancialmente homogéneo con el empleado en otras áreas del ordenamiento mercantil como pueden ser el derecho de mercado de valores o el derecho de la competencia y que no exige, como lo hacía previamente, el criterio de la unidad en la toma de decisiones ya que era considerado más complejo de interpretar y aplicar<sup>10</sup>. En este caso, la sociedad Greed Group es la sociedad matriz de un importante grupo empresarial con filiales en Estados Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, las Islas Caimán y España. Al estar pasando momentos duros por la crisis financiera, están en busca de inversores para incorporarse al accionariado de las distintas filiales del grupo. Por lo que queda claro que sí estamos ante un grupo de empresas.

La regla general establecida por la jurisprudencia es que, las sociedades que forman parte de un grupo, como es el caso de Habanera, son entidades claramente diferenciadas que gozan de su propia responsabilidad jurídica, es decir, “la sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado” y “el administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de

---

<sup>10</sup> A Sánchez Graells, *Conglomerados societarios*, Fundamentos de Derecho empresarial, Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones [...] que le incumben como tal administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo” (sentencias del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2015 o del 28 de febrero de 2020, entre otras).

Sin embargo, aunque la filial por regla general como vemos es independiente y la matriz no responde por los incumplimiento de la filial ni sus administradores, la responsabilidad sí se puede extender a la matriz si se demuestran los siguientes puntos<sup>11</sup>:

- I. que la sociedad matriz sea considerada como administrador de hecho de la sociedad filial por las actuaciones que lleva a cabo (atender a lo explicado sobre administrador de hecho en el apartado 1.1.3 de este documento)<sup>12</sup>,
- II. la sociedad matriz como socia de la sociedad filial, no haya cumplido con sus deberes de fidelidad exigido por su pertenencia a la sociedad, Y
- III. que exista una responsabilidad por apariencia, es decir, que las personas a las que se ha perjudicado han creído en la apariencia de que la matriz sería la que respondería en caso de incumplimiento, será efectivamente la matriz la que deba responder (Sentencias del Tribunal Supremo del 13 de febrero de 2007 y 28 de julio de 2015).

En el caso que nos encontramos, se va a demandar a la matriz Greed Group, al cumplirse los tres requisitos necesarios para poder extender la responsabilidad de la filial a la matriz. Al compartir ambas sociedades exactamente el mismo órgano de administración que se renueva de la misma forma en el mismo momento, es decir, va a mantenerse siempre idéntico, es claro que: (i) Greed Group actúa como administrador de hecho de Habanera, (ii) Greed Group es la que ha incumplido con sus deberes de fidelidad al haber actuado en su propio interés, y (iii) Sigaar ha caído en la “falsa” apariencia de que Greed Group respondería en caso de incumplimiento al ser ésta la que se ha encargado durante toda la operación de las actuaciones que se debían llevar a cabo para su buen fin, como por ejemplo, Greed Group fue la que les dió las cuentas a Sigaar para la realización del informe de valoración de la sociedad.

---

<sup>11</sup> ML Arriba Fernández, *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson, 2009.

<sup>12</sup> D Calleja, *Responsabilidad civil en grupos de empresas, ¿quién debe responder?*, junio 2018, enlace: [Responsabilidad civil en grupos de empresas. ¿quién debe responder?](#)

#### *1.2.1.5. Desviación de clientela como posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko*

La desviación de clientela no queda explícitamente regulada en la Ley de Competencia Desleal (en adelante, “LCD”), sino que se incluye como práctica desleal en la cláusula general del 4.1 LCD que establece que se considera como acto de competencia desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Como vemos, este artículo está reservado para comportamientos que merezcan calificarlos como contrarios a la competencia desleal sin estar contemplados en los tipos concretos de la propia LCD. Con este artículo, según la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2013 o la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, entre otras, trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no “mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado”. Por ello, mediante la misma se pueden regular conductas diferentes que no quedan reguladas de manera expresa como es la desviación de clientela.

La subsunción de esta conducta en la cláusula general ha venido siendo aceptada por la jurisprudencia; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 3 de octubre de 2019 establece que “una de las concretas manifestaciones subsumibles en esta cláusula general prohibitiva son [...] los actos tendentes a la captación de clientela ajena, [...] cuando la captación se realiza valiéndose de la infraestructura humana y material de la empresa para la que el sujeto agente presta sus servicios, logrando la atracción (desvío) de la clientela hacia otra empresa competidora con abuso de confianza y aprovechamiento de la infraestructura material, contactos y conocimientos que le proporciona la empresa para la que se sigue trabajando”.

Esta conducta es la que ocurre en el caso en el que nos encontramos ya que se trata de una desviación de clientela en la que hay indicios de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo a Newco y desviando clientela al mismo, siendo todavía trabajador de Newco.

El hecho de que siga siendo trabajador de la sociedad contra la que está actuando se exige por el Tribunal Supremo para que sea un acto desleal prohibido por el artículo 4.1

LCD como ha mencionado en las sentencias de 19 de abril de 2002, 3 de julio de 2006, 24 de noviembre de 2006, 3 de julio de 2008, 8 de junio de 2009, 16 de junio de 2009 y 1 de junio de 2010, entre otras. En el caso de que ya no fuese trabajador, estaríamos ante una conducta regulada por el artículo 14 LCD y, de hecho, no sería una conducta que suponga una conducta prohibida por la LCD ya que, como establece la sentencia del Tribunal Supremo 8 de junio de 2009, “no hay ilícito cuando se produce tal circunstancia [la captación de clientela] una vez extinguido el vínculo contractual anterior [...]; y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatarse la clientela al competidor”. Sin embargo, siendo aún trabajador de Newco sí que, en el caso de que se demuestre que está desviando clientela a un negocio paralelo, debe responder frente a Newco por haber incurrido en un acto desleal.

### **1.2.2. Mancomunidad y solidaridad de los administradores**

Los administradores que encontramos en el caso son los siguientes:

- a. Greed Group: Consejo de Administración presidido por el Sr. Gekko.
- b. Habanera (filial de Greed Group): Consejo de Administración (idéntico a Greed Group) presidido por el Sr. Gekko.
- c. Sigaar: dos administradores mancomunados, siendo uno de ellos el Sr. Fox. Además, en este caso el Sr. Gekko es el que se encargaría de la gestión diaria de la sociedad por lo que se le consideraría administrador de hecho, como hemos visto.

En Sigaar al ser el Órgano de Administración dos administradores mancomunados, deben ejercer el poder conjuntamente, es decir, siendo necesaria la intervención de ambos para actuar en la sociedad.

### **1.2.3. Valoración de la Joint Venture**

La figura de Joint Venture no está definida en la legislación actual y es necesario acudir a la doctrina para saber que se define como “el acuerdo entre dos o más partes que ponen en común sus recursos y colaboración para llevar a cabo una actividad comercial a través de la cual puedan obtener un beneficio mutuo, compartiendo el riesgo que

conlleve toda operación empresarial en función de la estructura concreta a través de la cual acuerden desarrollarla”. Además en cuanto a sus características, las Joint Ventures, al implicar un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, tienen un origen contractual, naturaleza asociativa siendo una forma de unión entre las partes de carácter estable y duración limitada en el tiempo, aunque no por ello ha de ser necesariamente de corta duración, siendo el límite máximo 15 años. Además, estas gestionarán de manera conjunta la operación para la que se crea la Joint Venture con el objetivo de generar un lucro poniendo su trabajo y confianza en común y de manera recíproca<sup>13</sup>.

Como hemos visto, la estructura concreta que se elige para formar cada Joint Venture varía según el objetivo en cada caso, siendo las más comunes las sociedades capitalistas, las cuentas en participación, las UTEs, las AIEs o las Joint Ventures contractuales. En el caso en el que nos encontramos, las partes han concretado que se constituirá la sociedad Newco como una sociedad anónima teniendo en cuenta una serie de factores que analizaremos a continuación.

La necesidad de constituir una Joint Venture viene, por lo general, por factores como la complejidad y coste del marketing y la distribución en un mercado global, el incremento de costes necesarios para desarrollar productos, la complejidad técnica de productos que demanda el mercado, la búsqueda de mayor competitividad agrupándose empresas de los mismos sectores industriales, etc. En este caso, la necesidad viene porque “[...] aunque dispone de los medios técnicos y humanos necesarios para desarrollar el negocio de [...], requiere la financiación necesaria para llevarlo a cabo y, por la falta de liquidez inicial para poder hacer frente al pago de intereses, no puede acudir a la alternativa del préstamo”<sup>14</sup>.

Para elegir la constitución de una Joint Venture para realizar la operación es importante tener en cuenta una serie de factores típicos de estas figuras. Al constituir una Joint Venture han de tener en cuenta que tienen que dejar claro que habrá relaciones a todos los niveles, que tiene que haber mutuo conocimiento y entendimiento de la cultura empresarial, compatibilidad de intereses y objetivos, transparencia y claridad en la determinación de los términos del acuerdo de Joint Venture, previsión global de la Joint

---

<sup>13</sup> A Echarri Ardanaz, A Pendás Aguirre y A de Quintana Sanz-Pastor, *Joint Venture*, Fundación Confemetal, Madrid, 2002, p. 15.

<sup>14</sup> A Echarri Ardanaz, A Pendás Aguirre y A de Quintana Sanz-Pastor, *Joint Venture*, Fundación Confemetal, Madrid, 2002, p. 17.

Venture en todas las fases de la misma, las decisiones han de tomarse de manera efectiva, se deben prever los medios a través de los cuales se solucionarán las disputas, han de intentar siempre en las negociaciones que reine la buena fe y la transparencia y que haya una buena comunicación, entre otros. Como se ve, en lo que se basa la Joint Venture es en la confianza y el entendimiento y esto conlleva un coste adicional que se justificaría por las expectativas de que el acuerdo que llevan a cabo va a ser duradero y que los costes que supondría el fracaso de las negociaciones<sup>15</sup>.

En el caso de que se cumplan estos factores, podría ser muy buena opción ya que la realización de la operación a través de una Joint Venture conlleva una serie de ventajas como<sup>16</sup>:

- Mayor competitividad y productividad al aportar cada participante de la Joint Venture lo necesario para formar un equipo con el fin de llevar a cabo una operación compartiendo las sinergias y los objetivos de cada una de las compañías.
- Se minimizan los riesgos y costes de la operación, ya que ambas sociedades van a aportar capital por lo que el riesgo será proporcional a lo aportado y los costes también se suplirán por ambas.
- Se facilita la entrada de la sociedad en nuevos mercados aprovechando por ejemplo la red de distribución que la sociedad tiene en un país en el que la otra sociedad previamente nunca había trabajado o incluso la información que tiene cada una en cada mercado.
- La financiación puede obtenerse con más facilidad ya que, a la hora de pedir financiación a los bancos, por ejemplo, al estar operando en el mercado junto a otras sociedades se tiene una mayor solvencia y seguridad.
- Desde el punto de vista fiscal, las partes pueden llevar cada uno una contabilidad independiente, teniendo la opción también de no llevarla y solamente registrar en sus propias contabilidades las operaciones correspondientes al contrato de Joint Venture, lo que permite amplias posibilidades de distribuir los gastos de manera eficiente y obtener utilidades.

---

<sup>15</sup> A Echarri Ardanaz, A Pendás Aguirre y A de Quintana Sanz-Pastor, *Joint Venture*, Fundación Confemetal, Madrid, 2002, p. 23.

<sup>16</sup> R Donoso, “*Joint Venture*” o *Contrato de Colaboración Empresarial: explicación, ventajas y desventajas de la colaboración estratégica*, Revista Digital Nuevo Derecho, abril 2014.

#### **1.2.4. Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos**

En las operaciones entre sociedades es una práctica habitual la firma de un acuerdo de intenciones, también conocido como carta de intenciones o *letter of intent*. Sin embargo, aún no existe regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico pero vienen siendo aceptadas por el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC. Estos acuerdos son precontractuales y surgen con el objetivo de que quede constancia de la intención de iniciar o continuar con las negociaciones de un determinado contrato pero sin obligarse a concluirlo; constituyen lo que podemos decir que es una “hoja de ruta” para el desenvolvimiento de la fase negocial<sup>17</sup>.

El valor de las mismas, con carácter general, no es vinculante y sólo actúan como reflejo de la voluntad que cada parte de arrancar de la otra parte el compromiso de negociar de buena fe, sin estar comprometiéndose a culminar las negociaciones y llevar a cabo la operación en cuestión. Esto no significa que determinadas cláusulas del acuerdo de intenciones sí puedan tener carácter vinculante. Las cláusulas que sí suelen obligar a las partes son la cláusula de confidencialidad y de exclusividad ya que, entre otras cosas, durante las negociaciones se va a entregar a la contraparte información sobre la empresa de carácter confidencial que, en caso de no culminar las negociaciones en la realización de la operación, es importante que dicha información no salga a la luz. Para aportar mayor claridad a la carta de intenciones, además de a las propias negociaciones, es práctica habitual que los pactos que las partes quieren que sean vinculantes se suscriban en documentos distintos con el fin de que quede claro lo que es y no es vinculante reforzando la seguridad jurídica.

Sin embargo, estas consideraciones, como hemos mencionado, no extinguen por completo el peligro de que, los acuerdos de intenciones, puedan ser interpretados como acuerdos con efecto vinculante en el caso de que los tribunales consideran que existe más que una mera negociación. El Tribunal Supremo se ha pronunciado, por ejemplo en la sentencia del 25 de junio de 2014, rec. 3013/2012, estableciendo que el “Tribunal de apelación, al calificar la carta de intenciones como tratos preliminares y no equipararla a

---

<sup>17</sup> R Sebastián Quetglas, *Fundamentos de Derecho Empresarial Derecho de Sociedades Tomo II*, Navarra, 2015, p. 111-112.

la figura jurídica del precontrato a que se refiere el art. 1451 CC, respeta la doctrina de esta Sala al destacar que “no estando determinados los elementos esenciales, haciendo falta un nuevo acuerdo posterior, se trata de simples tratos previos [STS de 21 de marzo de 2012, RC 931/2009]”.

En el caso que nos ocupa, la carta de intenciones que firman las partes incluye elementos esenciales de la operación como es el método de valoración de las acciones que se van a comprar o la fijación del plazo de 12 meses para las manifestaciones y garantías a las que las partes se pretenden obligar. Por ello, concluimos que esta carta en concreto sí que puede no ser considerada por los tribunales como una mera negociación de manera que constituya una obligación para las partes a algo más que simplemente negociar entre ellas, constituyendo un precontrato.

Por otro lado, las manifestaciones y garantías no están sujetas a regulación en España pero, en la práctica se ha extendido su uso a todo tipo de contratos ya que su utilidad a la hora de delimitar la responsabilidad de las partes las hace muy importantes. Lo más común es que quien haga las manifestaciones y garantías sea el vendedor al tener que regular la responsabilidad que podría surgir de posibles irregularidades en la sociedad que está comprando, para poder el comprador asegurarse de que lo que se ha descubierto en el proceso de due diligence previo a la compra es información veraz y poder regular las consecuencias que surgirán en el caso de que, lo que manifieste y garantice el vendedor, sea falso, inexacto o incompleto<sup>18</sup>.

En el caso concreto ante el que nos encontramos, las partes incluyeron una cláusula de manifestaciones y garantías con un periodo de validez de 12 meses a cerca de la veracidad de los informes contables y financieros de la sociedad Habanera constituyendo este tipo de manifestación concreta una declaración sobre un hecho presente que ha sido analizada por la jurisprudencia en varias ocasiones (STS del 19 de julio de 2004, entre otras). Por ello, si desde la firma del contrato hasta pasados 12 meses surge alguna falsedad, inexactitud o se ve que los informes no están completos, deberá responder la sociedad afectada al haber manifestado y garantizado la veracidad de dichos informes.

---

<sup>18</sup> Carrasco Perera, A., “Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento”, Álvarez Arjona, J.M. y Carrasco Perera, A. (dir.), Adquisiciones de empresas, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 279-358.

La carga de la prueba en estos casos la tiene el vendedor, que tendrá que demostrar que los informes son incorrectos, como ocurre en el presente caso, sin tener, con carácter general, tener que probar el carácter doloso de la actuación<sup>19</sup>.

La responsabilidad por el incumplimiento de estas declaraciones ha sido discutida por la jurisprudencia en varias ocasiones. Vemos la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de febrero de 2000 que estableció que el incumplimiento supone un verdadero incumplimiento contractual, quedando abiertos los remedios legales propios de este: la acción por incumplimiento contractual del artículo 1101 CC.

Por último, dicha responsabilidad puede quedar también regulada en el contrato y, generalmente se basa en la opción de o bien exigir el cumplimiento, o bien solicitar una indemnización por daños y perjuicios o bien instar a la resolución del contrato en el caso de que se estuviera ante un incumplimiento esencial del mismo. En este caso, lo más lógico sería acudir a las últimas dos vías de responsabilidad ya que, el cumplimiento no tiene mucho sentido por ser las manifestaciones relativas a la veracidad de unos informes. Por ello, hubiera sido importante haber previsto la responsabilidad derivada del incumplimiento de las manifestaciones en el contrato pero, al no prever nada el contrato, hemos de acudir a la vía de responsabilidad por incumplimiento contractual del artículo 1101 CC.

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

El artículo 299 LEC relativo a los medios de prueba otorga una lista de posibles medios de prueba permitidos en juicio entre los que no se encuentra específicamente el correo electrónico. Sin embargo, en su párrafo tercero este artículo añade que, “cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”. De esta manera, se considera la lista “*numerus apertus*” y, así, se podrán proponer pruebas diferentes a las incluidas expresamente en la lista siempre que cumplan los requisitos del artículo.

---

<sup>19</sup> R Sebastián Quetglas, *Fundamentos de Derecho Empresarial Derecho de Sociedades Tomo II*, Navarra, 2015, p. 441.

Los correos electrónicos se han venido aportando en virtud del artículo 324 LEC como documentos privados cuya veracidad podía ser impugnada, como quedó dicho por la Audiencia Provincial de Granada en su sentencia número 23/2016 de 9 de febrero de 2016, pidiendo, “[al] que lo haya presentado [...] el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, y cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”<sup>20</sup>. Además, el artículo 267 LEC obliga a que “los documentos privados que hayan de aportarse se [presenten] en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se [unan] a los autos o se [deje] testimonio de ellos o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados [...]”.

Por otro lado, ya contamos con jurisprudencia (por ahora limitada a la jurisdicción social) que avala este medio de prueba no como documento privado sino como prueba documental. La reciente sentencia del Tribunal Supremo número 706/2020 del 23 de julio de 2020, ha considerado los correos electrónicos como prueba documental atendiendo al actual avance tecnológico atribuyéndole naturaleza de prueba documental aún no quedando recogidos en la norma. Sí es verdad que el Tribunal no le da este carácter sin exigir ciertos requisitos. De esta manera, establece que la admisión de un correo electrónico como prueba no supone que se acredite el error fáctico de instancia, ya que sería necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique, si ha sido autenticado, en su caso y si hoza de literosuficiencia<sup>21</sup>.

En el caso particular ante el que nos encontramos, se trata de un hilo de correos, subidos de tono, entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox, en los que el primero reiteró al segundo que no iban a consentir las acusaciones vertidas contra Greed Group por las supuestas irregularidades contables de Habanera que, a juicio del Sr. Gekko, eran completamente infundadas. En el caso de querer aportar los mails es necesario que se invoquen de forma clara, directa y patente, y siempre sin necesidad de argumentos, deducciones,

---

<sup>20</sup> I Castillo, *Valor probatorio del correo electrónico en la jurisdicción civil*, 31 de enero de 2020, enlace: [Valor probatorio del correo electrónico en la jurisdicción civil](#)

<sup>21</sup> *El Supremo reconoce el correo electrónico como prueba documental*, Diario La Ley, Nº 9727, Sección Jurisprudencia, 3 de Noviembre de 2020, Wolters Kluwer

conjeturas o interpretaciones valorativas<sup>22</sup>. En este caso, habría que analizar el contenido de los mails para ver si se puede llegar a conclusiones de forma clara y si realmente demuestran datos objetivos o son simplemente discusiones infundadas que el tribunal no aceptará como prueba documental.

### **1.2.6. Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados**

La indemnización se calcula comparando el precio de adquisición de Habanera según el cálculo de ocho veces el EBITDA de la sociedad antes y después de la corrección de las cuentas de Habanera. Los cálculos son los siguientes:

EBITDA original (972.222 euros) x 8 = 7.777.776 euros  
EBITDA corregido (771.460 euros) x 8 = 6.171.680 euros

En base a estos cálculos, lo que pagó Sigaar por Habanera es 7.777.776 euros, mientras que lo que debió pagar fueron 6.171.680 euros. Lo que se reclama, además de los daños y perjuicios pertinentes que debe calcular un perito, es la diferencia entre estas dos cifras, 1.606.096 euros.

## **2. Escrito de demanda inicial.**

### **AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE VALENCIA**

**Pepe Pérez Rodríguez**, procurador de los administradores y de **Sigaar, BV (“Sigaar”)**, con domicilio social en [...], según acredito mediante la escritura de poder que adjunto como **documento núm. 1**, con la dirección letrada de **doña Elena Aguayo Martínez Sagra**, abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con número de colegiado 903.49x, **formulo esta demanda de juicio ordinario de Sigaar contra Greed Group, S.A. (“Greed Group”) y sus administradores y contra Pufosa Asesores Financieros (“Pufosa”)**.

---

<sup>22</sup> Tribunal Supremo: los correos electrónicos sí son prueba documental válida, Noticias Jurídicas, 29 de septiembre de 2020, enlace: [Tribunal Supremo: los correos electrónicos sí son prueba documental válida](#)

## **HECHOS**

**PRIMERO.** Que Greed Group es una sociedad española domiciliada en la Calle del Muro, nº 14 de Madrid (CP 28015). Se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187 y tiene por objeto social la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, así como la prestación de servicios de coctelería internacional. Entre sus filiales se encuentra Habanera, sociedad dirigida por el mismo órgano de administración que su matriz, renovándose el mismo a medida que cambia el de Greed Group. Habanera tiene su domicilio en la Avenida de la Ilustración, nº 23 de Alicante (CP 03203) y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Alicante al tomo 8756, libro 5050, folio 198, hoja A-185720.

**SEGUNDO.** Que desde el año 2018, Greed Group ha tenido problemas financieros de liquidez teniendo que acudir al mercado en búsqueda de nuevos accionistas para las filiales del grupo. En la búsqueda destacó la sociedad Sigaar, sociedad inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam con el número 58732409 y con domicilio social en Hofplein 44 (3032 AC), Ámsterdam, que buscaba ampliar su red comercial y de negocio mediante la adquisición de una participación mayoritaria de Habanera ampliando, de esta manera, su red a otros mercados nuevos.

**TERCERO.** Que en septiembre de 2019 se mantuvo una reunión entre las partes y, uno de los administradores mancomunados de Sigaar, el Sr. Fox, propuso al Sr. Gekko, presidente del Consejo de Administración de Greed Group y de Habanera, la constitución de una Joint Venture mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“Newco”), que fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera. Una vez acordada la operación, para que Sigaar pudiese presentar su oferta por las acciones de Habanera, Greed Group puso a su disposición un Vendors Due Diligence, realizado por los abogados internos de Greed Group, que reflejaba su situación legal general. Además, se presentó un informe de auditoría realizado por Pufosa, contratada por Sigaar, analizando los estados contables y ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 basándose en la información otorgada por Greed Group.

**CUARTO.** Que una vez analizados los documentos basados en las cuentas que puso a disposición Greed Group, Sigaar ofreció pagar por las acciones de Habanera 8 veces el EBITDA de la sociedad, que, mediante los cálculos realizados, ascendía a 972.222 euros. Con el fin de formalizar este acuerdo, el día 15 de diciembre de 2019, se firmó un acuerdo de intenciones que incluía la fórmula de determinación de las acciones y un periodo de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses.

**QUINTO.** Que en fecha 20 de diciembre de 2019, las partes firmaron los contratos de la operación de compraventa y los elevaron a público. Éstos contenían una cláusula de declaraciones y garantías sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera aportados por Greed Group con una vigencia de 12 meses. En este momento se constituyó la Newco como una sociedad anónima con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº 12 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 con el Sr. Fox como administrador único y el Sr. Gekko a la orden de la gestión de la sociedad. Newco quedó configurada.

**SEXTO.** Que en fecha 10 de marzo de 2020 en una reunión entre los representantes de Sigaar y de Greed Group, el Sr. Fox manifestó el descubrimiento de irregularidades contables cometidas por Habanera para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, de forma que resultara un mayor precio por sus acciones que acreditó con un informe aportado (documento número 2) que calculaba el EBITDA corregido para dicho ejercicio resultante en 771.460 euros. Además, solicitó el ajuste en el precio de la compraventa para que correspondiera con el valor real de las acciones de Habanera. Los representantes de Greed Group negaron sin justificación lo dicho por Sigaar. Tras esa reunión hubo un cruce de mails entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox negando de nuevo las acusaciones sin aportar ningún informe nuevo o justificación alguna.

**SÉPTIMO.** Que en fecha 27 de abril de 2020, se celebró junta general extraordinaria y se acordó la destitución del Sr. Foz como administrador único de Newco y su sustitución por el otro administración mancomunado de Sigaar y el aumento de capital social de Newco por compensación de créditos.

**OCTAVO.** Que a principios de mayo de 2020, se ha intentado sopesar la situación a la que nos enfrentamos actualmente de pandemia mundial debido al Covid-19 y que, el Sr. Gekko no ha realizado las actuaciones pertinentes para que la sociedad continúe con su actividad pese a ello. Además, Sigaar tiene indicios de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando clientela.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES**

### **PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

La jurisdicción corresponde a los juzgados y tribunales del orden civil, como prevén los artículos 9.1 y 9.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, “**LOPJ**”).

Con arreglo al artículo 86 ter.2.a LOPJ, la competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil.

De conformidad con la cláusula de sumisión incluida en el contrato mediante el cual se formaliza la constitución de la Joint Venture, a través de la creación de la sociedad Newco, todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarán ante los Juzgados y Tribunales de Valencia. Por ello, será competente el Juzgado de lo Mercantil de Valencia.

### **SEGUNDO. CUANTÍA Y CLASE DE JUICIO**

De conformidad con los artículos 249.1.2º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “**LEC**”) la demanda debe llevarse por los trámites previstos para el juicio ordinario.

La cuantía de esta demanda es indeterminada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 253 LEC.

### **TERCERO. CAPACIDAD DE LAS PARTES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1.1º y 3º LEC, la demandante y la demandada ostentan capacidad para ser parte en este procedimiento y, por lo tanto, reúnen la condición de partes procesales legítimas.

#### **CUARTO. LEGITIMACIÓN**

Las legitimaciones activa y pasiva corresponden a Sigaar y a Greed Group, sus administradores y a Pufosa, respectivamente.

Sigaar tiene legitimación activa en virtud del artículo 10 LEC que prevé que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. Éstos son titulares del objeto litigioso ya que es la sociedad que ha quedado perjudicada por las actuaciones llevadas a cabo por los actos llevados a cabo por Greed Group, sus administradores y Pufosa.

En cuanto a la legitimación pasiva:

- Administradores de Greed Group: como prevé el artículo 236 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”), los administradores, de hecho o de derecho, responden del daño causado frente a la propia sociedad, los accionistas y los acreedores, siempre que haya intervenido dolo o culpa. En este caso, como administradores, han incumplido su deber de diligencia y, en particular, su deber de la correcta llevanza de la contabilidad y, al haber causado un perjuicio, deben responder ante los perjudicados. Además, va a responder Greed Group y no Habanera ya que, en este caso, es posible extender la responsabilidad de la filial, Habanera, a la matriz, por darse los siguiente requisitos necesarios para la extensión: (i) que la sociedad matriz sea considerada como administrador de hecho de la sociedad filial por las actuaciones que lleva a cabo, (ii) que la sociedad matriz como socia de la sociedad filial, no haya cumplido con sus deberes de fidelidad exigido por su pertenencia a la sociedad, y (iii) que exista una responsabilidad por apariencia, es decir, que las personas a las que se ha perjudicado han creído en la apariencia de que la matriz sería la que respondería en caso de incumplimiento, será efectivamente la matriz la que deba responder (Sentencias del Tribunal Supremo del 13 de febrero de 2007 y 28 de julio de 2015).

- Pufosa: en virtud del artículo 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante, “LAC”), “los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo”. Por ello, como más tarde explicaremos, al haber incumplido su especial deber de diligencia por razón de su oficio al no haber detectado las irregularidades en la contabilidad, deben responder por los daños y perjuicios causados.

## **QUINTO. REPRESENTACIÓN**

La parte actora está representada por el Procurador Pedro Pérez Rodríguez que, suscribe, habilitado para ejercer en el territorio del Juzgado al que nos dirigimos, y asimismo asistido de la letrada Dña. Elena Aguayo Martínez-Sagrera del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES**

#### **PRIMERO. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ENTRE SIGAAR Y GREED GROUP**

En el contrato de compraventa entre Greed Group y Habanera, se incluyó una cláusula de manifestaciones y garantías que establecía que Greed Group tiene la obligación de responder en el caso que se descubran o aparezcan irregularidades en los estados contables y financieros de su filial, Habanera. Estas manifestaciones y garantías se incluyeron con un periodo de validez de 12 meses.

Dentro del año de vigencia de la cláusula de manifestaciones y garantías, Sigaar descubrió irregularidades en la contabilidad que supusieron el incremento del EBITDA de Habanera con la consecuencia de la subida en el precio que se debía pagar por las acciones objeto de la compraventa. De esta manera, Greed Group incumple la cláusula y está sujeto a responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato. Este incumplimiento de las manifestaciones y garantías, como recuerda el Tribunal Supremo

en su sentencia del 30 de febrero de 2000, supone un verdadero incumplimiento contractual, quedando abiertos los remedios legales propios de este: la acción por incumplimiento contractual del artículo 1101 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “CC”).

La acción de responsabilidad por incumplimiento contractual que prevé el artículo 1101 CC establece que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”. Este artículo exige que concurren tres requisitos: incumplimiento contractual, existencia de daño y relación de causalidad. En este caso es claro que concurren los tres requisitos:

1. Incumplimiento contractual: ha quedado probado por el informe interno realizado por Sigaar que los documentos contables aportados por Greed Group no eran correctos y no reflejaban la imagen fiel de la compañía. Esto supone el incumplimiento de la manifestación realizada en el contrato en la que se declaraba que los estados contables eran correctos.
2. Existencia de daño: el precio pagado por cada acción fue mayor al valor real de las acciones si la contabilidad se hubiera formulado de manera correcta y, por ello, existe claramente un daño económico para Sigaar al haber pagado un precio excesivo e indebido, por lo que el daño concreto será la diferencia entre lo que se pagó y lo que se debió pagar si se hubiera realizado correctamente la auditoría.
3. Relación de causalidad: la relación es clara ya que, si los estados contables hubieran reflejado la imagen fiel de la sociedad, el EBITDA se hubiera calculado de manera correcta y Sigaar no hubiera tenido que pagar un precio mayor al real sufriendo un perjuicio económico.

Al concurrir los tres elementos necesarios para la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento, Greed Group debe responder frente a Sigaar.

## **SEGUNDO. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ENTRE SIGAAR Y PUFOSA**

Pufosa incumple el contrato firmado con Sigaar que tenía como objeto la verificación de la veracidad de las cuentas dadas por los gestores de Habanera al no haberse dado cuenta de las irregularidades que contenían las cuentas. Al estar ante un incumplimiento contractual, nos remitimos a lo explicado en el apartado anterior y vemos que, en el caso del incumplimiento contractual de Pufosa, también concurren los requisitos para que surja la obligación responder en virtud del artículo 1101 CC por incumplimiento del contrato en cuestión:

1. Incumplimiento contractual: Pufosa incumplió sus deberes profesionales como auditor que suponen una diligencia mayor a la del deudor común estando sometido a las Normas técnicas de auditoría (Resolución del ICAC de 19 de enero de 1991). En cumplimiento de éstos, debe comprobar que se han cumplido con las reglas materiales y formales a la hora de realizar los estados contables, cosa que claramente no ha hecho. Era conocido públicamente que la Habanera estaba en una situación de crisis y, como auditores, debieron haber visto que los números de la contabilidad que se les otorgó estaban mal debiendo advertir a su cliente de que la contabilidad estaba falseada o, al menos, que podría estar incompleta ya que tienen el deber de llevar a cabo procedimientos que les permitan obtener la “seguridad razonable” de detectar irregularidades y errores que puedan afectar a la situación patrimonial de la compañía pero no más de las irregularidades que sea “razonablemente posible” detectar (STS de 9 de octubre de 2008, caso XM Patrimonios), siendo en este caso clara la situación de crisis que sufría la sociedad al ser un hecho público.
2. Existencia del daño: por la falta de diligencia en la realización del informe, se incorrectamente el EBITDA de Habanera y, en consecuencia, lo que se debía pagar por Habanera en la compraventa, por lo que el daño concreto será la diferencia entre lo que se pagó y lo que se debió pagar si se hubiera realizado correctamente la auditoría.
3. Relación de causalidad: el hecho de que Pufosa no se diera cuenta del falseamiento de las cuentas, hizo que Sigaar aceptase el precio que se impuso por Habanera en la compraventa de acciones. Sigaar contrató a Pufosa asumiendo que era una empresa de auditoría seria y con prestigio y que, debido

a esto, podrían confiar en ella. Sin embargo, no actuaron correctamente y, en consecuencia, Sigaar ha resultado gravemente perjudicado.

Al concurrir los tres elementos necesarios para la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento, Pufosa debe responder frente a Sigaar.

### **TERCERO. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DEL ARTÍCULO 236 LSC**

Los administradores de Greed Group no han cumplido con sus deberes de ordenada llevanza de la contabilidad y correcta elaboración de las cuentas anuales, previstas en los artículos 254 y siguientes LSC, al no haber realizado correctamente los documentos contables de Habanera. El objetivo que parece que perseguían con estos “errores” es el de incrementar el EBITDA y que el precio final de la compraventa de Habanera fuera mayor al valor real. Por ello, en virtud del artículo 241LSC, los administradores de Greed Group deben responder al haber sido ellos mismos los que han elaborado esas cuentas.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de mayo de 2014 recuerda que, esta responsabilidad “se entiende como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo” y la Sentencia de la Audiencia Provincial de este mismo asunto aclara aún más el asunto estableciendo que, “el comportamiento imputado a los administradores consiste en haber formulado las cuentas sociales en términos en los que las mismas no mostraban la imagen fiel del patrimonio de la sociedad” añadiendo que “cualquier irregularidad cometida en su elaboración les es imputable a los administradores, sea por acción u por omisión”. De esta manera es claro que, las irregularidades en la llevanza de la contabilidad es imputable a los administradores.

Los requisitos para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad son, como nos recuerda la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) número 2104/2020 de 7 de octubre de 2020, “(i) un acto negligente imputable al administrador; (ii) que del mismo se derive un daño para el acreedor o el socio; y (iii) que entre el acto ilícito y el daño reclamado exista un enlace preciso y directo, esto es, nexo de causalidad”. En este caso es clara la responsabilidad al haber elaborado unas cuentas con errores que han incrementado el EBITDA manifiestamente y, como

consecuencia de esta actuación, han causado un daño a Sigaar, que ha pagado más dinero del correspondiente por las acciones de Habanera.

#### **CUARTO. COSTAS**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 LEC, procede la imposición a Greed Group del abono de las costas procesales causadas.

Por todo lo dicho,

**SUPLICO AL JUZGADO** que admita a trámite este escrito con sus documentos adjuntos y copias, me tenga por comparecido y parte en las presentes actuaciones, tenga por formulada una demanda de juicio ordinario contra Greed Group junto a sus administradores y Pufosa, dé traslado de esta a la demandada y, tras los trámites que procedan, dicte una sentencia en la que:

- declare que la sociedad Greed Group ha incumplido el contrato de compraventa de las acciones de habanera suscrito con Sigaar, y a sus administradores por la falta de diligencia al haber incumplido con sus deberes de la correcta formulación de los documentos contables de Habanera.
- declare que la sociedad Pufosa ha incumplido el contrato suscrito con Sigaar, al haber incumplido su especial deber como auditor al no haberse percatado de los errores contenidos en los documentos contables de Habanera.
- obligue a Greed Group y a sus administradores, solidariamente, a indemnizar a mi mandante por la cantidad de 1.606.096 euros siendo esto la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar de acuerdo a la valoración corregida realizada por el departamento contable de Sigaar.
- obligue a Pufosa a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios causados por la falta de diligencia a la hora de realizar la auditoría.

**OTROSÍ DIGO** que, a los efectos previstos en el artículo 231 LEC, manifiesto expresamente nuestra voluntad de cumplir los requisitos establecidos en dicha norma, solicitando que, si fuera el caso, nos permita subsanar los defectos de que pudiera adolecer el presente acto procesal.

**SUPLICO** que se tenga por realizada la manifestación precedente, a los efectos legales oportunos.

Es Justicia que pido en Madrid, a 11 de enero de 2020.

Abogados,

[FIRMA]

Elena Aguayo Martínez-Sagrera

Procurador,

[FIRMA]

Pedro Pérez Rdoríguez

### **3. Informe sobre la previsión de la contestación contraria y posible reconvención.**

Tras la interposición de la demanda alegando incumplimiento contractual por parte tanto de Greed Group como de Pufosa y una acción individual de responsabilidad contra los administradores de Greed Group, las demandadas tendrán, como hemos visto, un plazo de 20 días para contestar a la demanda.

En relación con el incumplimiento contractual que alegamos por parte de Greed Group por haber formulado unas cuentas que contenían irregularidades con el objetivo de incrementar el EBITDA y, por ende, el precio de las acciones, Greed Group va a alegar la doctrina de los actos propios. Esta doctrina emana del principio de buena fe previsto en el artículo 7 CC y se describe como la actuación por la cual una persona “contradice sin razón objetiva su conducta anterior, sobre la que la otra parte fundó una legítima confianza, en cuya virtud tomó determinadas disposiciones patrimoniales o contrajo gastos”<sup>23</sup>.

La demandada va a alegar que Sigaar ha sido quien ha nombrado al auditor y ha estado, en todo momento, de acuerdo con el precio establecido por el mismo hasta incluso

---

<sup>23</sup> R Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters, pág. 66.

después de haber firmado el contrato de compraventa. Sin embargo, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de abril de 2015, que resume la jurisprudencia recaída sobre esta doctrina, la doctrina de los actos propios “no es de aplicación [...] cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos”. Por ello, la doctrina de actos propios no sería aplicable en ningún caso al haber descubierto Sigaar las irregularidades de la contabilidad después de haber llevado a cabo las actuaciones que constituyen “actos propios”.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de reconvención de la parte contra la que se interpone la demanda, no cabría ya que, en virtud del artículo 406 LEC, “sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal” y “no se admitirá reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvención la acción conexas que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio verbal”. Al no poder las demandadas reconvenir alegando hechos iguales a los descritos en la demanda, no cabe reconvención. La opción a la que pueden acogerse es a alegar lo discutido en este apartado mediante la contestación a la demanda o incluso interponer una demanda mediante el que impugnen el aumento de capital, lo que analizaremos a continuación.

En cuanto a la posible impugnación del acuerdo de la Junta General celebrada el 27 de abril de 2020 de Newco por el que se aprueba el aumento de capital por compensación de un crédito perteneciente a Sigaar, se haría en virtud del artículo 204.1 LSC al declarar impugnables aquellos acuerdos contrarios a la Ley, a los estatutos, a los reglamentos de la junta general o que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Esta última previsión será a la que se acogerán para impugnar dicho acuerdo en una demanda que interponga diferente a la contestación, al no poder reconvenir alegando este punto como ya hemos visto.

Los demandantes en ese caso alegarán que el aumento de capital se acordó de manera abusiva ya que, Habanera, como socio minoritario de la Newco votó en contra, punto que quedó reflejado en el acta de la junta. La razón por la que puede que el acuerdo sea perjudicial para los demandantes es por el hecho que la modalidad de aumento de capital por compensación de créditos no reconoce el derecho de adquisición preferente

como prevé el artículo 301 LSC. Al no contener esta previsión, los socios quedan desprotegidos al producirse de forma automática una dilución de su participación en el capital social de la Newco al ser el crédito compensable propiedad de Sigaar.

#### 4. Bibliografía

A Aragall Servitje, C Ramón García y A Carneros Ruíz, *Medidas cautelares en el orden civil*, Economist & Jurist, 2017.

A Carrasco Perera, “Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento”, Álvarez Arjona, J.M. y Carrasco Perera, A. (dir.), *Adquisiciones de empresas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

A Díaz Moreno y JC Vázquez Cueto, *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*, Capítulo 9 “La acción individual de responsabilidad como vía para...”.

A Echarri Ardanaz, A Pendás Aguirre y A de Quintana Sanz-Pastor, *Joint Venture*, Fundación Confemetal, Madrid, 2002.

A Sánchez Graells, *Conglomerados societarios*, Fundamentos de Derecho empresarial, Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

B Carballo España, *Claves de la condena al auditor externo en el caso Pescanova*, 19 de diciembre de 2020, enlace: [Claves de la condena al auditor externo en el caso Pescanova](#)

D Calleja, *Responsabilidad civil en grupos de empresas, ¿quién debe responder?*, junio 2018, enlace: [Responsabilidad civil en grupos de empresas. ¿quién debe responder?](#)

*El Supremo reconoce el correo electrónico como prueba documental*, Diario La Ley, Nº 9727, Sección Jurisprudencia, 3 de Noviembre de 2020, Wolters Kluwer

F Martín de la Bárcena, *Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1ª de 22 de diciembre de 2014)*, Revista de Derecho de Sociedades nº44, 2015.

Garrigues, *La 'business judgment rule', un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas*, 2018, enlace: [La 'business judgement rule', un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas](#)

I Castillo, *Valor probatorio del correo electrónico en la jurisdicción civil*, 31 de enero de 2020, enlace: [Valor probatorio del correo electrónico en la jurisdicción civil](#)

I Ramos Herranz, *El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario*, 2018. [El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario\\*](#)

J Garberí Llobregat, *Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

J Sánchez-Calero Guilarte, *Acreedores financieros y administradores de hecho (Financiación empresarial y operaciones de reestructuración)*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº27, Julio 2017.

JM Busto Lago, *Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de los terceros de confianza: perspectiva desde la responsabilidad civil de auditores y de las agencias de rating y la teoría de las flood gates*, Universidad de A Coruña, 27 de junio de 2014.

M Faus, *Obligaciones del administrador de una sociedad*, VLex, 2020.

ML Arriba Fernández, *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson, 2009.

R Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters.

R Donoso, *"Joint Venture" o Contrato de Colaboración Empresarial: explicación, ventajas y desventajas de la colaboración estratégica*, Revista Digital Nuevo Derecho, abril 2014.

R Sebastián Quetglas, *Fundamentos de Derecho Empresarial Derecho de Sociedades Tomo II*, Navarra, 2015.

*Tribunal Supremo: los correos electrónicos sí son prueba documental válida*, Noticias Jurídicas, 29 de septiembre de 2020, enlace: [Tribunal Supremo: los correos electrónicos sí son prueba documental válida](#)