



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER
MÁSTER DERECHO DE EMPRESA

Autor: Borja Uzquiano Abarrategui

Tutor: Francisco Valiente Martínez

Madrid, 11 de enero de 2021

1. INFORME MIEMBROS DE GREED GROUP	1
A. Elementos para la neutralización de las acciones de Sigaar:.....	1
I. Sistema de responsabilidad Mancomunada frente al sistema Solidario:.....	1
II. Valor de la <i>Joint Venture</i> :.....	3
III. Valorar del acuerdo de intenciones y las declaraciones y garantías de los contratos:.....	4
IV. Valor probatorio de los correos electrónicos:	8
V. Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar.....	10
B. Posibles vías de acción:.....	10
I. Respecto a la posibilidad de denunciar por litisconsorcio pasivo	10
II. Respecto a la posible responsabilidad de la auditoría:.....	11
III. Respecto a la posible denuncia a Newco	14
C. Estructura del procedimiento a seguir en la demanda:.....	21
I. Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas:	21
II. Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa:	21
III. Legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo:.....	21
IV. Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC:	22
V. Proposición de pruebas y medios de prueba:.....	22
D. Análisis de los daños:	23
2. ESCRITO DE DEMANDA	24
3. INFORME POSIBLE CONTESTACIÓN CONTRARIA Y RECONVENCIÓN	42
4. BIBLIOGRAFÍA	44

GLOSARIO DE ABREVIATURAS:

CC: CÓDIGO CIVIL

CE: COMISIÓN EUROPEA

DGRN: DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

EBITDA: EARNING BEFORE INTEREST, TAXES, DEPRECIATION AND AMORTIZATION

LEC: LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

LME: LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

LSA: LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

LSC: LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

MFE: MEDIAFOREUROPE NV

S.A.: SOCIEDAD ANÓNIMA

S.L.: SOCIEDAD LIMITADA

S.R.L.: SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

UE: UNIÓN EUROPEA

El sr. Gekko, en nombre de Greed Group, acude a su despacho profesional.

- 1. Elaborar un informe en el que a la luz de los hechos se planteen diversas alternativas estratégicas para su cliente y en el que se valoren los elementos fundamentales a tener en cuenta para iniciar acciones judiciales o neutralizarlas. De entre las posibles hipótesis, elegir y justificar la más adecuada para sus intereses.**

Estimado Sr. Gekko y resto de miembros de Greed Group,

A la luz de los hechos que me han hecho llegar, les elaboro el siguiente informe para poder proceder de forma adecuada y de acuerdo con la legalidad:

A. Elementos para la neutralización de las acciones de Sigaar:

Para comenzar debemos analizar unos aspectos que consideramos relevantes a la hora de poder neutralizar las posibles acciones judiciales que decida iniciar Sigaar.

- I. En primer lugar,** debemos diferenciar entre el sistema de responsabilidad Mancomunada de los administradores, que ostenta Sigaar, y el sistema solidario:

Podemos observar a la luz de los hechos, que Sigaar se establece a través de un sistema de responsabilidad mancomunada, en la que participan dos socios, el Sr. Fox y el Sr. Glauser Roist.

En virtud de la Real Academia Española de la Lengua, debemos entender por obligación mancomunada, aquella cuyo cumplimiento es exigible a dos o más deudores, o por dos o más acreedores, cada uno en su parte correspondiente.

No debemos confundir la Responsabilidad Civil que puedan tener los socios con la Responsabilidad de los Administradores.

En primer lugar, se debe tener en cuenta los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, que hablan de la necesaria división de la deuda entre los acreedores o deudores si no se pactó otra cosa.

Para entender esta responsabilidad de los administradores, debemos acudir también a la Ley de Sociedades de Capital y, en concreto a los artículos 236 y 237.

En el 236.1 LSC se recoge la responsabilidad de los administradores en general al establecer que *“los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los*

acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”.

Por su parte, el 237 LSC, entiende la solidaridad de los administradores como norma general para aquellos miembros del órgano de administración *“que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.*

Entiende la Jurisprudencia que la norma general es la división de la deuda entre los administradores mancomunados en partes iguales, como así riega la Sentencia 7/2006, de la Audiencia Provincial de Segovia, de 18 de enero de 2006, al decir que *“ante ello debe determinarse cuál es la proporción en que cada uno debe responder, teniendo en cuenta que el criterio del art. 1138 aplicable a esta responsabilidad mancomunada establece que se pague a partes iguales entre los deudores”.*

Pero, por otro lado, es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece la innecesaria división de la deuda o el recurrir a todos los administradores afectados, como ocurre en la sentencia de 16 de marzo de 1995, que dispone que *“cuando no sea posible individualizar las responsabilidades derivadas de la deficiente realización de las obras, surge la responsabilidad solidaria, lo que da lugar a que según dicha doctrina jurisprudencial no sea necesario demandar a todos los presuntos culpables, en cuanto los posibles perjudicados pueden dirigirse contra cualquiera de ellos (artículo 1144 del Código Civil), sin perjuicio de las reclamaciones que los codeudores entre sí puedan intentar (artículo 1445 del Código Civil)”.* Por tanto, se abre la posibilidad a una reclamación individualizada, siendo los administradores quienes dividan mancomunadamente entre ellos a posteriori.

Sea como fuere, podrá reclamarse al Sr. Fox como firmante del contrato o a este último y al Sr. Glauser Roist de forma mancomunada. En concreto, será motivo de reclamación que el Sr. Fox firmase de manera individualizada el contrato, ya que la legislación, en el ámbito de la administración mancomunada, entiende como requisito indispensable que la representación

de la empresa y la firma se lleve a cabo de forma conjunta por dos o más de los administradores. De otro modo la acción no tendrá validez.

II. En segundo lugar, debemos valorar la *Joint Venture*:

Para comenzar, entendemos por esta figura aquella asociación de carácter estratégico llevado a cabo por un grupo de empresas, que mantienen su independencia jurídica, pero actúan bajo una misma dirección para lograr un objetivo comercial concreto. Es decir, estaríamos ante un grupo empresarial.

Para saber cuál será la Ley aplicable para esta unión de empresas con distinta nacionalidad, debemos acudir al Reglamento (CE) Núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (La Ley 335954/2008), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Según este, debemos entender que la regulación aplicable será aquella que las partes hayan pactado en el contrato. Por tanto, la *Joint Venture* adquiere su respaldo jurídico en el Principio de Autonomía de la Voluntad.

La figura de la *Joint Venture* se encuentra ausente tanto en el Código de Comercio como en la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Modificaciones Estructurales. Además, no encuentra casi respaldo ni se regula propiamente en la Ley de Agrupaciones de Interés Económico y la Ley sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas.

Es, por tanto, que debemos referirnos al Código Civil, que si bien tampoco menciona el término "*Joint Venture*" regula el concepto. En concreto, en los artículos 1255 a 1258 del Código Civil, encontramos la definición del término.

El artículo 1255, entiende 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"*. Por tanto, este tipo de contrato responde a la autonomía de la voluntad de las partes siempre que respeten la legalidad. Además, añade el artículo 1256 CC la necesidad de que ambas partes estén de acuerdo para poder entender el contrato como válido. Una vez mostrado el consentimiento de las partes, el artículo 1258 CC, entiende que se encuentra perfeccionado el contrato y que se obliga a cumplir con lo pactado y a las consecuencias que se deriven.

Añadido a todo esto, la única referencia que encontramos en el Código de Comercio se encuentra en el artículo 57, donde se regulan los contratos de comercio. Según este, será necesario que se cumplan de acuerdo con lo pactado entre las partes, *“sin tergiversar los términos fijados ni restringir los efectos que realmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraídas sus obligaciones”*.

En referencia a lo expuesto, entiende la Sentencia de 3 de enero de 2008, del Juzgado Mercantil número 1 de Málaga, que se reconoce la admisibilidad de la figura de la “Joint Venture” bajo el principio de autonomía de la voluntad. Así determina que *“... la creación de una empresa separada a partir de esta agrupación, asociación temporal, participación, etc., de empresas denominada “Joint Venture” con autonomía jurídica propia no dejan de ser de base puramente contractual entre los participantes de dicha actividad común”*. También el Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de octubre de 1999, entiende que el contrato de colaboración *“es una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, que ha sido aceptada y tratada por numerosa jurisprudencia”*.

Es por todo lo expuesto y, teniendo en cuenta los hechos, que habiendo llegado a un acuerdo entre Greed Group y Sigaar para la constitución de la Joint Venture denominada “Newco”, no puede alegarse más que la validez absoluta de la misma por la existencia de objeto, causa y, sobre todo, consentimiento de ambas partes, como así ruega el artículo 1261 CC, referente a los elementos esenciales del contrato.

Además, es importante destacar que las partes, con la formación de la Joint Venture establecieron una cláusula por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarían ante los Juzgados y Tribunales de Valencia y, teniendo el domicilio social en Avenida de la Diagonal nº 12 de Barcelona, la legislación aplicable a “NewCo” será la española.

III. En tercer lugar, debemos valorar el acuerdo de intenciones y las declaraciones y garantías de los contratos:

A pesar de la validez de la Joint Venture constituida, debemos valorar si se produjo un incumplimiento en la realización del acuerdo previo de intenciones que llevaron a cabo y en las declaraciones y garantías dadas en el contrato y entre las partes.

Comenzamos valorando la validez del Acuerdo de intenciones:

Es importante destacar que, en el presente caso, nos encontramos ante un acuerdo de intenciones y no ante un acuerdo precontractual.

El precontrato aparece regulado, por un lado, en el Código Civil, que recoge en el artículo 1451 la obligación de las partes a cumplir lo prometido, habiendo conformidad en la cosa y en el precio. Por otro lado, el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, también regula esta figura, al establecer la necesaria información precontractual que debe otorgarse entre las partes para poder vincularse.

Sentencias como la 488/2011, del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 2011, entienden por el precontrato aquel *“en el que ambas partes tienen el derecho y el deber de poner en vigor el contrato, incluso mediando una cláusula penal (...) que implica la vigencia del mismo”*. También lo entienden así otras como la sentencia de 18 de julio de 2006 o la sentencia de 20 de abril de 2001, entre otras.

Por su parte, la carta o acuerdo de intenciones, no encuentra en nuestro ordenamiento una regulación específica. Procede de la denominada "letter of intents" empleada en los países anglosajones y que poco a poco va teniendo cabida en nuestro ordenamiento a través de la diversa jurisprudencia que así admite y diferencia esta figura.

De lo expuesto y, siguiendo lo añadido por la jurisprudencia, podemos deducir que el acuerdo de intenciones es un trato preliminar. Sentencias como la 3626/1998 del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1998, señalan que *“el acuerdo de intenciones al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima, sin que su libertad contractual se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza”* y, además, aclara que *“la Audiencia ha adoptado la doctrina más autorizada en nuestra civilística sobre la naturaleza jurídica del precontrato, que exige que en él se halle prefigurada una relación jurídica, con sus elementos básicos, cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de una de las partes o de ambas, por lo que aquellos vicios están ausentes obviamente. Confrontado el documento de "intenciones" origen de este litigio con estos rasgos definitorios del precontrato, se percibe inmediatamente que en él no se*

encuentran los elementos que han de constar en la escritura de constitución de sociedad anónima exigidos expresamente. (...) En realidad, cuando los elementos básicos del contrato proyectado no están determinados en el llamado precontrato, se está dentro del ámbito de la formación progresiva del primero, que no existe jurídicamente mientras. En tal ámbito, las partes son libres de llegar a acuerdos vinculantes para ellas, pero no para exigirse obviamente el cumplimiento de lo que todavía no existe, y pueden desistir de sus tratos, que es lo que la sentencia recurrida da a entender que se produjo.”

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 3063/2000, de 11 de abril del 2000, señala que el acuerdo de intenciones “(...) no es más que un acuerdo para una futura transmisión, que no han perfilado con el detalle mínimo que sería preciso para ser considerado algo más, jurídicamente, que tratos preliminares, puesto que el objeto no está perfectamente determinado”.

Por tanto, debemos entender que, si bien obliga a las partes, serían tratos preliminares. Los acuerdos de intenciones obligan a lo pactado entre las partes sin significar esto que sean vinculantes con la firma del contrato definitivo, pero sí con lo pactado entre las partes.

Diversos expertos de la materia entienden que el acuerdo de intenciones debería tener el valor que las partes le den, debiendo cuidarse cada detalle. Debido a la falta de regulación en nuestro ordenamiento de esta figura, debemos referirnos a la libertad para pactar entre las partes que recoge el artículo 1255 CC.

En nuestro caso concreto, antes de la firma del contrato definitivo, se llegó a un acuerdo de intenciones donde se decidió que el informe llevado a cabo por Pufosa sería el que valdría de cara a cualquier interpretación del valor. Por lo tanto, el incumplimiento de este acuerdo sí que podría suponer un incumplimiento de la parte que se niegue o lo impugne. Ante todo, es importante que el acuerdo de intenciones contenga el objeto y plazo de la negociación. Además, es un requisito importante y que en nuestro caso cumple Greed Group, el hecho de que se lleve a cabo una “Due Diligence” para la apertura de las negociaciones que culminarán con el contrato.

Una vez comprobada la validez y capacidad del acuerdo de intenciones para exigir a las partes, debemos valorar las garantías dadas entre las partes.

Si bien en un primer momento se acordó mediante el acuerdo de intenciones un sistema de garantías con un plazo de 24 meses, en el contrato definitivo de la operación, formalizado entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox, y elevado a público ante notario, contenía garantías por parte de Greed Group con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Es cierto que fueron modificadas las garantías y que la jurisprudencia entiende que los acuerdos a los que se lleguen en la carta de intenciones podrán ser exigidos entre las partes, pero también debemos valorar aquí la doctrina de los actos propios, puesto que se llegó a la firma del contrato sin que Sigaar se opusiera a ello.

La doctrina de los actos propios ha sido aceptada por diversa jurisprudencia, llegando a darle carácter obligatorio.

Lo esencial para entender dicho término, fue introducido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 73/1988, de 21 de abril, donde expresa que *“la llamada doctrina de los actos propios significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”*. En este sentido, diversas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 30 de octubre de 1995, han entendido que *“el principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción”*.

Por tanto, como entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010, se debe proteger, en base a este principio de actos propios, el cumplimiento con la buena fe, la

coherencia y el límite a la libertad de actuación, en todos aquellos casos en que algo ha sido pactado.

Por último, acudimos a la jurisprudencia más reciente, en concreto a la Sentencia 760/2013 del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre, que clarifica este razonamiento. Así, entiende que *“la doctrina de los actos propios, con fundamento en la protección de la confianza y la regla de la buena fe, se formula en el sentido de que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real, exigiéndose que tales actos sean expresión inequívoca del consentimiento o que resulten inequívocos”*.

Atendiendo a todo lo expuesto, debemos entender que, si bien han podido ser modificadas las garantías entre el acuerdo y el contrato definitivo, existe un consentimiento por parte de Sigaar en la firma del contrato, debiendo asumirse que, conforme a la buena fe y la coherencia de esta Sociedad, se firmó con pleno conocimiento de los cambios que se habían llevado a cabo. Además, también se aceptó mediante el acuerdo y la posterior firma del contrato, sin realizar ninguna alegación en contrario, la utilización como modelo del informe de Pufosa de cara a calcular el precio a pagar. Por ello, la fijación en el acuerdo de intenciones del informe de Pufosa como la base para el cálculo del precio también será vinculante.

IV. En cuarto lugar, analizar qué valor probatorio tienen los correos electrónicos:

Para entender que valor tienen los correos, debemos atender primero al artículo 326 LEC. Según este, los documentos privados tienen plena eficacia como prueba salvo que sean impugnados por la parte contraria, en cuyo caso, podrá pedirse un cotejo por quien los presentó para demostrar su veracidad.

De este cotejo o prueba, puede desprenderse la veracidad del documento en cuyo caso y, según el artículo 320 LEC, *“las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación”*, pudiendo además multar el tribunal a quien lo impugnó si considera que fue una impugnación temeraria. En caso contrario, *“si no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”*.

Este tema se refleja en diversa jurisprudencia a través de varias Sentencias. Por un lado, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8ª), en su Sentencia de 7 de julio de 2016, establece, en relación con el valor probatorio de los correos electrónicos, que *“(...) la sentencia apelada tras referir la testifical practicada, pasa a analizar los correos electrónicos enviados (...) de los que saca la conclusión de haber puesto la demandante fin al contrato voluntariamente, reconociendo a los correos validez probatoria, al no haberse desvirtuado por las restantes pruebas, lo que encaja perfectamente en el régimen jurídico de tales documento”* y añade la Sentencia 23/2016 de la Audiencia Provincial de Granada, de 9 de febrero de 2016, que *“los correos electrónicos que se aportan con el escrito de contestación a la demanda, de los que sólo algunos han sido impugnados por la actora en la audiencia previa, impugnación que por sí sola no les priva de valor probatorio, de conformidad con lo previsto en el art. 326 de la LEC”*.

Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de mayo de 2013, establece que *“las comunicaciones habidas entre las partes a través de correos electrónicos (aportados en soporte papel) son expresivos de las reclamaciones, en cuanto a la globalidad de la deuda a la que alude la sentencia apelada, que interrumpen la prescripción, sin que el hecho de que tales documentos hayan sido impugnados determine necesariamente la privación de todas su eficacia probatoria toda vez que el artículo 326 LEC señala que los documentos impugnados, sobre cuya autenticidad no se haya practicado prueba, podrán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica. Y esa valoración permite llegar a la convicción de la realidad de los correos y de las reclamaciones con el efecto de interrumpir la prescripción”*.

De todo lo expuesto, deducimos que los correos electrónicos si pueden considerarse documentos privados valorables como medio de prueba, sin perjuicio de su posible impugnación con las consecuencias que esto puede traer a quien los impugne. Además, se ha demostrado que la simple impugnación no tiene por qué restar valor probatorio a los correos electrónicos, teniendo el Tribunal la última palabra.

- V. **En quinto lugar**, debemos valorar el informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar.

Debemos partir del punto que un informe llevado a cabo por un departamento interno de una empresa no tiene ningún valor jurídico. Es cierto que dentro de las empresas existen trabajadores con un gran talento y conocimiento, pero la validez de los mismos no depende en ningún caso de conocimiento, sino que depende de una serie de garantías que la Ley ofrece a los informes de los expertos independientes nombrados para ello.

La actuación de los expertos independientes viene recogida en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En concreto, los artículos 34 y 35 contemplan la función de estos en caso de proyectos en los que varias sociedades se fusionen como es nuestro caso. Esta exigencia legislativa, les dota de más garantías y objetividad, mostrándoles como una obligación legal de cara a los jueces.

Debe tenerse en cuenta que, añadido a lo anterior, el informe del experto en nuestro caso es muy similar al que se presentó por la auditoría que ellos mismos escogieron y que posee un gran prestigio, Pufosa.

Teniendo en cuenta todo lo expresado, Sigaar podrá intentar presentar su documento privado como un informe de parte, pero nunca tendrá las garantías legales que ofrece el experto o, en su caso, la auditoría que ellos mismos se encargaron de nombrar.

B. Posibles vías de acción:

Una vez hemos analizado estos aspectos, debemos exponer las posibles vías que tendríamos nosotros como parte demandada contra Sigaar. Creemos que de las 3 posibles vías que podrían ser llevadas a cabo es solo una la aplicable. Partiendo de esta premisa, valoraremos cada una de ellas:

- I. Respecto a la posibilidad de denunciar por litisconsorcio pasivo tanto a la Auditoría como a Newco:

Debemos partir de la regulación del artículo 12.2 LEC, según el cual *“cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como*

litisconsortes”. Para nuestro caso concreto, la auditora (Pufosa) y la sociedad demandada (Newco) no deben entenderse como sujetos unidos por un mismo título o causa de pedir.

Así lo entiende también la Sentencia 266/2010 del Tribunal Supremo, de 4 mayo de 2010, al decir que *“la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa”*. También falla en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, al establecer que *“en el caso presente se trata del ejercicio de una acción de carácter personal ejercitada por el comprador frente al vendedor exigiendo el cumplimiento adecuado de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, lo que determina que la legitimación (artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) corresponda a ambas partes en el contrato y que solo a ellas se extiendan los efectos de la declaración judicial que integran la cosa juzgada”*. Por tanto, faltando la relación jurídica material entre Pufosa y Newco, no podemos entenderla como incluida en la demanda como litisconsorcio pasivo necesario.

II. Respecto a la posible responsabilidad de la auditoría:

Pese a la Responsabilidad que se le pueda exigir a la firma de auditoría, entendemos que no debe ser parte de la demanda, sino más bien parte de la contestación a la posible demanda que Sigaar quiera interponer contra nosotros. De este modo, nos podemos remitir al informe que Pufosa llevó a cabo para demostrar la validez del EBITDA calculado para el pago, demostrando además que fue Sigaar quien lo solicitó y Pufosa quien lo llevó a cabo. Por tanto, carecemos de toda responsabilidad en este punto.

Pese a la claridad de los hechos, conviene explicar más a fondo la posible responsabilidad en la que incurriría la auditora Pufosa.

Dicha responsabilidad se encuentra regulada en la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. En concreto, el artículo 26.1, en referencia a la Responsabilidad civil, expresa 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". Por su parte, el apartado segundo de este artículo incluye en dichos daños tanto a la entidad auditada como a terceros, entendiéndose por terceros *"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"*.

Por su parte, la jurisprudencia también aclara dicha responsabilidad. El Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de diciembre de 1998, en referencia a la precedente Ley 19/1998 señala que *"La auditoría de cuentas es, por tanto, un servicio que se presta a la empresa revisada que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta de que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor"*. Y añade que *"(...) es indiscutible el interés general existente en la actividad de los auditores como garantía de la veracidad de las cuentas auditadas"*. En este mismo sentido, este mismo Tribunal se expresa en relación con la Octava Directiva, la Directiva 2006/43/CE del Parlamento europeo y el Consejo de 17 de mayo destacando que *"(...) una amplia comunidad de personas e instituciones confían en la calidad del trabajo de un auditor legal (...) la buena calidad de las auditorías contribuye al correcto funcionamiento de los mercados al incrementar la integridad y eficiencia de los estados financieros"*.

A lo expuesto, añade la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008, que *"(...) la declarada infracción de las reglas de la lex artis por parte de los auditores demandados, aunque no hubiese sido la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los actores, contribuyó a ese resultado pues privó a estos, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad (...) Los intereses de los actores y los demás socios estaban, en definitiva, protegidos por la norma que los auditores demandados infringieron. De ahí que proceda imputarles objetivamente el daño que los demandantes sufrieron"*.

Por tanto, cabe decir que la Jurisprudencia es clara al determinar la responsabilidad de la auditoría en el desempeño de sus funciones en caso de surgir un conflicto.

Añadido a esta jurisprudencia, el artículo 11 de la Ley de Auditoría de Cuentas al regular la responsabilidad del auditor hace referencia al Código civil. El artículo 1.101 del Código Civil establece el principio general del deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad. La regulación concreta de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia se contiene en el Capítulo II del Título XVI en cuyo artículo 1.902 establece que: *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Además, en el mismo sentido, el último apartado del artículo 1.903 dice que la responsabilidad cesará cuando los responsables prueben *“que emplearon toda la diligencia de un padre de familia para prevenir el daño”*. Del mismo modo lo establece el artículo 1.105.

Respecto a la posibilidad de que exista falta de competencia, el artículo 62 de la Ley de auditoría de cuentas, establece que *“quedarán sujetos a las competencias de control y al régimen disciplinario atribuidos al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en este título: a) Los auditores de cuentas y sociedades de auditoría autorizados para realizar la actividad de auditoría de cuentas originariamente en un Estado miembro de la Unión Europea e inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, en relación con los trabajos de auditoría realizados respecto a las cuentas de entidades con domicilio social en España”*. Por tanto, la auditora era competente para conocer de la situación de Habanera.

Por último, destacamos la Sentencia 285/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 septiembre de 2015. En esta Sentencia, se expone de forma clara la existencia de dolo o negligencia. En concreto, establece que *“en todo caso se trata de una responsabilidad basada en la realización de una conducta antijurídica, por lo que requiere dolo o culpa civil que suponga que se constate que ha existido en el supuesto un “incumplimiento de sus obligaciones” por el auditor, obligaciones que son las propias de su profesión, las relativas a su “lex artis” de naturaleza ciertamente técnica y sometida a los dictados de la ley y de las normas técnicas que disciplinan una actividad de indudable importancia e interés público”*. Y, a esto, añade el ámbito por el que se delimita dicha actividad, diciendo que *“es así que lo esencial para determinar la existencia de responsabilidad ha de ser partir de la determinación del cumplimiento o incumplimiento por el auditor de las reglas de la lex artis en el desempeño de su trabajo, pues no se trata de exigir al auditor que detecte todo fraude en la contabilidad de la empresa auditada, o cualquier irregularidad que se produzca en la misma, sino que*

realice una correcta ejecución de su actividad profesional con diligencia, de manera que habrá de responder solo cuando la falta de detección de la irregularidad o el fraude no se hubiera producido de haberse realizado el trabajo con la diligencia exigible”.

Por todo ello y, como se expone al inicio, quedando demostrado que fue Sigaar quien solicitó el informe y que fue la auditora “Pufosa” quien lo llevó a cabo, carece Greed Group de toda responsabilidad que le pueda ser exigida. Como aclara la jurisprudencia es responsabilidad de la auditora y es ella quien debe responder de todo error que se produzca. Y a falta de dicha responsabilidad será Sigaar como contratante quien deba dar las explicaciones convenientes, pero nunca nuestro cliente.

Además, es un hecho importante a destacar que el análisis del EBITDA se llevó a cabo con el ejercicio de 2019 sin cerrar. Dicho análisis se realizó con los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y con una mera previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019. Como ya sabe la auditora, el EBITDA se calcula a partir del resultado final de explotación de la empresa, sin incorporar los elementos financieros (intereses de la deuda), tributarios (impuestos), cambios de valor del inmovilizado (depreciaciones) y de recuperación de la inversión, y no con una simple previsión de futuro. Así, el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, en su Sentencia 404/2013 de 23 de enero de 2017, entiende que *“en cuanto a la red minorista la metodología llevada a cabo es la misma, métodos de múltiplos, a través del cálculo del EBITDA (valor de la empresa/beneficio antes de intereses y amortizaciones) ajustado y correspondiente al ejercicio cerrado en octubre de 2012”*. No estando el ejercicio cerrado, no debió llevarse a cabo dicho cálculo, siendo esto una grave negligencia por su parte.

- III. Respecto a la posibilidad de denunciar a Newco, entendemos que es la opción válida y exponemos los motivos:

Ante la imposibilidad de demandar de forma conjunta a Newco y a la auditoría, creemos que lo más conveniente es Impugnar el acuerdo por el cual se aumentó el capital de la Joint Venture injustificadamente provocando así la opresión de la minoría de la nueva sociedad.

El aumento de capital se llevó a cabo con ánimo de diluir sustancialmente la participación en Newco de Greed Group. A resultas de dicha ampliación de capital, Sigaar pasó a controlar el 95% del capital.

El aumento de capital por compensación de créditos facilita en gran manera la posibilidad del abuso de la mayoría. En reiteradas ocasiones lo ha advertido la DGRN, como en la Resolución de 2 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4585) al decir que *“esta Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social”*.

De este modo, entiende el artículo 204.1 LSC que serán impugnables los acuerdos sociales que *“lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”*. Además, añade el artículo 204.1 II LSC, que dicha lesión no es necesario que cause un daño sobre el patrimonio, sino que basta con que se haga una imposición de forma abusiva, entendiendo este artículo por abusivo cuando no responde a una necesidad razonable y se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. Se trata, pues, de una tipificación legal de los acuerdos abusivos como una subcategoría de los acuerdos contrarios al interés social, en los que cabe, así, distinguir dos supuestos: los de acuerdos contrarios al interés social y los acuerdos que lo son por resultar constitutivos de un abuso de la mayoría.

Uno de los puntos clave de análisis será la determinación de la finalidad concreta perseguida por la mayoría no sólo con la propuesta de aumento de capital sino también con la elección de esa modalidad frente a otras posibles, que incluyen derecho de preferencia y, no causan necesariamente la dilución del socio que no tenga créditos compensables frente a la sociedad o que los tenga en una proporción inferior al porcentaje de su participación en la sociedad. Si se llega a la conclusión de que lo predominante en la propuesta era la dilución del socio, se estará más cerca del abuso. Si, por el contrario, se entiende que lo principal ha sido la atención a la situación de la sociedad, se estará más lejos de ello.

Queda claramente dañado el interés social desde el punto que la tensión que provoca el aumento entre las partes causa una situación de parálisis total de la industria cigarrera

mundial y la crisis de demanda de estos productos, repercutiendo de igual manera en la gestión diaria de la *Joint Venture* hasta el punto de frustrar las sinergias previstas por el proyecto de negocio conjunto.

Para aclarar esto, es necesario acudir primero a la Sentencia 7401/2018 del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2018. Entiende que en el caso de conflictos intrasocietarios no se podrá acudir a la mala fe del artículo 7.2 CC para impugnar el acuerdo social siempre que exista una regulación específica tipificada. Así establece que *“cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario”*.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de noviembre de 2018 (EDJ 2018/640662) en referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, establece que *“los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría”*. Entendiendo que solo se beneficia a Sigaar mediante este acuerdo de aumento, debemos considerarlo como contrario al interés de la sociedad y perjudicial para los minoritarios.

No es necesario que el acuerdo sea absolutamente imprescindible para la compañía, pero sí ha de responder a una justificación objetiva que esté por encima del sacrificio de la minoría. Si no es posible encontrar esa justificación, para el legislador la conclusión es que el acuerdo se tomó con el objetivo de beneficiar a la mayoría y perjudicar a la minoría. Además, debe entenderse que será carga de la sociedad demandada aportar la evidencia de que el acuerdo impugnado responde a esa “necesidad razonable” de la sociedad.

En tercer lugar, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, de 19 de julio de 2018 (EDJ 2018/594285) señala, en relación con un caso similar, que respecto de las manifestaciones de

la parte actora diciendo que *“la ampliación de capital es abusiva y que con la misma se busca hacerse con el control de la sociedad”* debe entenderse que *“la Junta General de accionistas es soberana para adoptar el acuerdo de ampliación de capital cuando lo estime necesario, sin otros límites que la observancia de la Ley y los estatutos, y sin que pueda lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (artículo 204.1 del TRLSC), lesión del interés social que acaecerá cuando no exista una causa real y lícita que justificase la adopción del acuerdo de ampliación de capital de la entidad, deduciéndose que no existe otro interés en ello que perjudicar a los actores (en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Secc. 28 de fecha 12 de mayo de 2017). Por lo tanto, no se trata aquí de que por parte del Juzgado se valore si era mejor opción o no, entre las varias a efectuar o si la mera preferencia de la minoría social por otra alternativa convertida en abusiva la decisión de la mayoría”*. Existiendo un interés demostrable de que Sigaar quería hacerse con el poder total de la Joint Venture, se actuaría conforme a lo que entiende la jurisprudencia como válido, es decir, que existe una clara actuación abusiva por el socio mayoritario y no una mera contradicción en la decisión a tomar por la sociedad entre unos socios y otros.

En cuarto lugar, la Sentencia 268/2018, del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 15 de mayo de 2018, en el mismo sentido que las anteriores, contempla que *“los Tribunales solo deben dejar sin efecto aquellos acuerdos sociales que, adoptados por la mayoría, comporten una conducta desleal hacia la sociedad. Así se traduce de la regla que la impugnación se produciría cuando impone la existencia de un perjuicio para la sociedad y un coetáneo beneficio para su socio o un tercero”*. Añade además una definición clara de lo que debemos entender por ejercicio abusivo del derecho al señalar que *“se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”* y, para aclarar aún más señala que son 3 los requisitos para entenderlo como abusivo:

- Que no responda a una necesidad razonable de la empresa, hecho que queda claramente demostrado al empeorar la situación económica y social.

- Que se adopte en interés propio de la mayoría (y no dañe el patrimonio social), al tomarse con la aprobación única de Sigaar, que representa el 75%.
- Que se adopte en detrimento injustificado de los demás socios, viéndose claramente este hecho en la reducción al 5% del capital de Greed Group.

Por último, debemos añadir la Sentencia 54/2018, del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Murcia, de 21 de febrero de 2018, que señala, en relación con la posibilidad de juzgar este tipo de abusos que *“es perfectamente factible entrar a examinar en el caso si los acuerdos impugnados fueron impuestos o no de forma abusiva por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios, no ya porque sean lesivos del interés social sino por proponerse satisfacer un interés extrasocial, como ocurre en el caso de que la adopción del acuerdo haya sido consecuencia del abuso de derecho de la mayoría o incluso del único socio mayoritario, sin que sea de recibo la argumentación de las demandadas al decir que no cabe entender que no han sido impuestas de manera abusiva por la mayoría, por haber sido acordadas por un elevado número de socios minoritarios que, sumados, conforman la voluntad mayoritaria de la sociedad”*. Dando por tanto la razón a mi representado en su defensa y motivos.

Y, al hablar de interés social, entiende el Profesor Jesús Alfaro¹ que *“en principio no hay más interés social que el interés común de los socios”*. Añade a esto la Sentencia mencionada que *“de esta manera la pregunta acerca de qué interés último deben perseguir los administradores o la Junta de una sociedad se ciñe su conceptualización a que solo se tienen en cuenta los intereses de los socios. Lo que el artículo 204 LSC ordena a los jueces es que se limiten a declarar ineficaces los acuerdos cuya adopción por la mayoría constituye un comportamiento desleal hacia la sociedad y hacia la minoría. Son impugnables los acuerdos que impliquen una infracción del deber de lealtad de la mayoría”*. Por tanto, el elemento clave en la determinación de si un acuerdo es o no constitutivo de abuso de la mayoría se encuentra en la posibilidad de justificar el acuerdo desde el punto de vista de la necesidad razonable de la sociedad.

Para entender dicho abuso de su deber por la mayoría, entiende el Juzgado que *“esto ocurre cuando utiliza su derecho de voto ignorando o menospreciando los derechos de sus consocios*

¹ Cometarios de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014 (EDL 2014/202806)), Editorial Civitas

e incumpliendo así la promesa implícita en el contrato de sociedad de no desviar valor de la esfera social a la esfera particular. Precisamente por ello los acuerdos de la junta son impugnables por infracción del interés social”.

Dice este Juzgado que, pese a que los socios puedan perseguir su interés propio mediante el voto, el hecho de poseer una posición de influencia en la sociedad limita dicho interés en detrimento del deber de lealtad hacia sus consocios. Además, añade que *“la buena fe les obliga a perseguir intereses comunes, cualquiera que sea su contenido (ex artículo 1666 CC)”* y que *“la clave de la contrariedad al interés social está en la persecución y obtención de una ventaja particular que pone de relieve la existencia de un defecto en el procedimiento por conflicto de interés”.*

Por todo ello, aunque los acuerdos sociales que se impugnen no perjudiquen a la sociedad pueden ser calificados de expropiatorios para la minoría y, por tanto, nulos. Queda demostrado todo esto con los hechos concretos que lleva a cabo Sigaar como es la expulsión de Gekko de forma posterior al aumento, una vez posee suficiente poder en el voto, y por el 95% del capital que posee una vez se ha llevado a cabo el aumento. Añadido a todo esto, y como se ha dicho más arriba, la decisión tomada ha supuesto el empeoramiento de la situación de Newco, es decir, el perjuicio para la sociedad.

También, mencionando la Jurisprudencia empleada cumple claramente con los tres requisitos que se exigen, no responde a una necesidad razonable de la empresa (incluso provoca una pérdida para los socios), se adopta en interés propio de la mayoría y se adopta en detrimento injustificado de los demás socios (expulsando prácticamente en su totalidad a Greed Group de la Joint Venture).

Todo lo expuesto en este punto, queda claramente reflejado en la Sentencia 21004/2012, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 23 de noviembre de 2012, que resuelve a cerca de un supuesto muy similar al que nos encontramos, en el que falló declarando que la finalidad primordial del aumento de capital por compensación de créditos fue el perjuicio a la minoría. En este caso y en una situación de tensión, se plantea un aumento de capital por compensación de determinados créditos derivados de préstamos otorgados por la mayoría a la sociedad. Como puede leerse en esa resolución, *“la junta general de socios es soberana para adoptar los acuerdos que estime preciso, pero si las circunstancias del caso evidencian*

que la finalidad de alguno de los alcanzados en ella (como pudiera serlo el de ampliación de capital) fuera precisamente el perjudicar a un determinado socio, debilitando severamente su participación social, sin que éste tuviera posibilidad de reaccionar en igualdad de condiciones con los demás para evitar tal resultado, podría justificarse la impugnación por ilegal de lo acordado". Además, añade este Tribunal "que la decisión de ampliar fuese no una necesidad sino una mera conveniencia, lo cual puede resultar perfectamente legítimo que lo decida la mayoría social, siempre que no utilice, como ocurrió en este caso, la vía más agresiva de entre las existentes para acometerla del modo más dañino posible para la situación de los minoritarios, que al quedar privados de la posibilidad de participar en ella si era por vía de compensación de créditos (pues no ha sido discutido que no cabía en tal caso el ejercicio del derecho de adquisición preferente, debiendo tenerse en cuenta, además, que por Ley 3/2009, de 3 de abril, se modificó el artículo 158.1 del TRLSA en ese sentido) sufrían una importantísima dilución en su participación en la entidad, pues pasaban de ostentar un 34,56 % a un 8,77%". Añade en relación con los créditos de carácter compensable, que "aunque pudieran ser legítimos, habían sido contraídos en momento bastante reciente, lo que en un contexto de enfrentamiento entre los socios podría resultar sospechoso, pese al interés que en tiempo pretérito habían mostrado en ello, lo que les dejó de modo sorpresivo fuera de la posibilidad de participar en la ampliación por esa vía", siendo este argumento coincidente con el tan reciente aumento que se llevó a cabo por parte de Newco, en una situación de conflicto. Por último concluye la Audiencia que "el acuerdo de ampliación de capital estuvo presidido por la finalidad de perjudicar a la minoría social discrepante [...], al producir la dilución de la participación social de los minoritarios, asegurándose de ello mediante la elección del mecanismo concreto (compensación de créditos otorgados por algunos de ellos) que privaría a aquéllos, en represalia por su conducta precedente, de cualquier posibilidad de poder participar en él, a diferencia del efecto que se siguió para los mayoritarios".

Esta resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, unida a todo lo expuesto con anterioridad, deja muy clara la forma en la que han procedido los socios mayoritarios de Newco, buscando en todo momento su interés particular y perjudicando a los miembros de Greed Group, socio minoritario.

C. Estructura del procedimiento a seguir en la demanda:

Una vez decidida que la opción más adecuada es la demanda a Newco por opresión de la minoría, procedemos a exponer la estructura del procedimiento que debemos seguir en nuestra demanda:

I. Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas:

Creemos conveniente solicitar en forma de medida cautelar la suspensión del acuerdo social impugnado en base a que no se puedan imponer nuevas mayorías en futuras juntas y dañarse el interés social, hasta que no se resuelva la demanda presentada.

II. Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa:

Debemos entender en base al artículo 52.1. 10º LEC, que señala que “en materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social”, que no serán los Tribunales de Valencia sino los del domicilio social, es decir, los de Barcelona, los que deben conocer en nuestro caso.

Además, no será de aplicación la obligación que exige el artículo 54.1 LEC, que impone la necesaria atribución de la competencia territorial al Tribunal fijado por sumisión expresa o tácita entre las partes, ya que el artículo 52.1. 10º LEC es una excepción a la norma.

Más concretamente, tendrá la competencia para conocer sobre esta materia los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona. Así lo entiende el artículo 86 TER. 2.a), al establecer que *“los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”*.

III. Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo:

En virtud del artículo 6.1. 3º de la LEC, tendrán capacidad para ser parte las personas jurídicas, por tanto, tanto Newco como Greed Group podrán serlo al ser ambas sociedades con personalidad jurídica. Además, señala el artículo 10 de esta misma Ley, que “serán

considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”, por lo que, existiendo una relación jurídica entre Newco y Greed Group, ambos tendrán legitimación.

Como se mencionó más arriba, no cabrá la posibilidad de litisconsorcio pasivo necesario al no plantearse la demanda contra la auditora Pufosa por el informe, sino que se impugna el acuerdo de aumento de capital de Newco.

IV. Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC:

En base al artículo 249.2 LEC, el procedimiento que debemos seguir será el de Juicio Ordinario, ya que la cuantía de la demanda es superior a los 6.000 euros.

V. Proposición de pruebas y medios de prueba:

Teniendo en cuenta el artículo 299 de la LEC, podemos proponer en nuestra demanda los siguientes medios de prueba:

1.º Interrogatorio de parte: Se considera que podría ser de gran utilidad el interrogatorio a Glauser Roist, administrador Mancomunado de Sigaar y, además, la parte no firmante del acuerdo de constitución de Newco.

2.º Documentos públicos: Acuerdo de creación de la Joint Venture y sus bases en el Registro Mercantil de Barcelona.

3.º Documentos privados. Informe auditoría solicitado por sigaar, junto con el informe de experto independiente y el informe de Habanera, los tres bastante coincidentes. Además, el contrato firmado por ambas partes y el acta de la junta general extraordinaria de los socios de Newco celebrada el 27 de abril de 2020.

4.º Interrogatorio de testigos: solicitar el interrogatorio del experto independiente como persona conocedora del caso y de los datos concretos de la operación de Joint Venture.

5º Reconocimiento judicial: Solicitar el reconocimiento por parte del Juez de la veracidad del EBITDA calculado de forma similar por dos informes de auditoría distintos, el del experto y el de Pufosa.

D. Análisis de los daños:

Tras el análisis de la opción y, buscando como objetivo una indemnización por los daños causados, introducimos unas pautas para la valoración de dicha indemnización y la cuantificación de los daños causados:

Entendemos que por parte de Newco, debe indemnizarse en base a tres criterios, en virtud del artículo 1106 CC, por el daño emergente, por el lucro cesante y por el daño moral. Así, este artículo ruega que la indemnización debe comprender *“no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”*.

Por ello, el daño emergente y lucro cesante, deberá valorarse desde la parálisis total de la industria cigarrera mundial y la crisis de demanda de estos productos, calculándose las pérdidas que causó dicha acción.

Por último, el daño moral podrá tenerse en cuenta por dos motivos. Por un lado, porque Greed Group se vea afectado por el control que Sigaar puede imponer y, por otro lado, el Sr. Gekko puede verse afectado por la destitución en sus funciones de gestión de Newco basada en argumentos sin fundamento alguno.

2. Redacción de un escrito de demanda inicial de acuerdo con la decisión estratégica elegida.

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA QUE POR TURNO CORRESPONDA

Don CARLOS PÉREZ SÁNCHEZ, Procurador de los Tribunales, y de la Mercantil **GREED GROUP, S.A.**, conforme acredito mediante copia de poder que presento como **documento nº1**, actuando bajo la dirección técnica del letrado Don Borja Uzquiano Abarrategui, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

Por medio del presente formulo demanda de juicio ordinario sobre impugnación de acuerdos sociales por aumento de capital contra la Sociedad “NEWCO” con N.I.F. B25607394 y con domicilio social en Barcelona, Avenida de la Diagonal, nº 12 (CP 08019), en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO. La sociedad demandada, cuya denominación social es “NEWCO”, está constituida por dos socios. Por un lado, el socio minoritario, “GREED GROUP, S.A., y por la otra el socio mayoritario, “SIGAAR, BV”.

SEGUNDO. Que con fecha 20 de diciembre de 2019, Greed Group y Sigaar procedieron conforme a lo previsto en el acuerdo de intenciones, formalizando el contrato y elevándolo a público ante notario.

TERCERO. Que mi representado es accionista de la entidad demandada, poseyendo un 25% de las acciones de la entidad demandada. Adjunto como **documento nº2** los títulos justificativos de la propiedad de mi principal sobre el 25% de las acciones de la entidad demandada.

Sigaar, BV, es titular del 75% del Capital Social y mi mandante, es titular del 25% del capital social de la Sociedad NEWCO.

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

CUARTO. El administrador único de NEWCO es el Sr. Bud Fox, a su vez socio mayoritario de la mercantil. Fue nombrado administrador único de la mercantil demandada en el momento de la celebración del contrato el día 20 de diciembre de 2019, aceptándose su nombramiento en el mismo acto.

QUINTO. La entidad demandada convocó Junta General Extraordinaria de Accionistas mediante anuncios que se publicaron en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad.

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

Entre los puntos del Orden del Día destacaban los siguientes:

1. La destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roist (el otro administrador mancomunado de Sigaar).
2. El aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar.

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

SEXTO. La mencionada Junta se reunió en primera convocatoria y adoptó los acuerdos que constan en el certificado que, librado por el secretario del Consejo de Administración de la demandada y visado por su presidente, acompaño como **documento nº5.**

A pesar de la oposición formulada por mi mandante para la votación en la Junta, se aprobó con el único voto a favor del socio mayoritario. Los acuerdos adoptados por la demandada

fueron la destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roist (el otro administrador mancomunado de Sigaar) y el aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar, pasando a poseer este socio, a resultas de la ampliación de capital, el 95% del capital.

En el acta de la junta quedó expresado que mi mandante, el accionista minoritario de Newco (Greed Group), votó en contra del aumento de capital acordado por considerar que había existido un ejercicio abusivo por el socio mayoritario de Newco y que el aumento de capital se había realizado con ánimo de diluir sustancialmente su participación en la mercantil.

Todo esto implicó que mi representado, GREED GROUP, socio minoritario en la entidad demandada, no pudiera mantener su peso político en la sociedad, al no poder suscribir participaciones ya que no poseía ningún crédito. Además, a raíz de este aumento de Capital, a principios del mes de mayo, Sigaar despojó a mi representado, el Sr. Gekko, de todas sus funciones de gestión en Newco.

SÉPTIMO. La impugnación de los acuerdos sociales de referencia se efectúa en base a los siguientes argumentos:

1º. Infracción del art. 204.1 de la LSC por cuanto el aumento de capital se acuerda en lesión de los intereses sociales y en beneficio de los accionistas mayoritarios de la demandada, que desean, de esta forma, incrementar su porcentaje de participación en perjuicio de los socios minoritarios. Es de apreciar que la entidad demandada amplía capital innecesariamente y con el solo fin de desincentivar a sus socios minoritarios de seguir invirtiendo en ella, mientras los mayoritarios de esta forma pretenden hacerse con la práctica totalidad del capital social (95%) confundiendo los intereses sociales con los suyos propios.

A los anteriores hechos son de aplicar los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

JURÍDICO-PROCESALES

1º. Competencia territorial.

Corresponde al Juzgado al que, por turno, corresponda de los de la ciudad de Barcelona, donde tiene la demandada su domicilio social y ello, no sólo por razón del fuero general de las personas jurídicas establecido en el art. 51.1 de la LEC, sino por la norma del art. 52.1. 10ª de la LEC al tratarse de un proceso de impugnación de acuerdos sociales, al señalar que *“en materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social”*.

Además, no será de aplicación la obligación que exige el artículo 54.1 LEC, que impone la necesaria atribución de la competencia territorial al Tribunal fijado por sumisión expresa o tácita entre las partes, ya que el artículo 52.1. 10º LEC es una excepción a la norma.

Más concretamente, tendrá la competencia para conocer sobre esta materia los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona. Así lo entiende el artículo 86 TER. 2.a), al establecer que *“los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”*.

2º. Legitimación activa.

Corresponde a mi representado por ser accionista de la entidad demandada e impugnarse acuerdos sociales por estar viciados de nulidad, al amparo del art. 206.1 de la LSC.

Además, en virtud del artículo 6.1. 3º de la LEC, tendrán capacidad para ser parte las personas jurídicas, por tanto, Greed Group podrá serlo al ser una sociedad con personalidad jurídica. Añadido a esto, establece el artículo 10 de esta misma Ley, que *“serán considerados partes*

legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". Por tanto, existiendo una relación jurídica entre Newco y Greed Group, tendrá legitimación.

3º. Legitimación pasiva.

Corresponde a la entidad demandada por disponerlo así el art. 206.3 de la LSC. Además, como se menciona arriba, los artículos 6.1. 3º y 10 LEC, deja clara la capacidad de Newco para ser parte.

4º. Impugnabilidad de los acuerdos.

Invoco el art. 204.1 de la LSC. La demanda se presenta dentro del plazo de un año previsto en el art. 205.1 de la LSC.

5º. Causas de nulidad de los acuerdos impugnados.

Invoco, con carácter general, el art. 204.1 de la LSC que establece que los acuerdos contrarios a la Ley son nulos.

Invoco también la anulabilidad de los acuerdos de aumento de capital social en base a lo dispuesto en el art. 204.1 de la LSC, por cuanto el aumento de capital se realizó en el contexto de una sociedad que con los votos de los socios mayoritarios sólo pretende diluir la participación de los accionistas minoritarios para, una vez reducida su participación, tener el poder sobre ella.

6º. Procedimiento

Respecto al procedimiento a seguir, en virtud del artículo 249.1. 3º de la LEC es el juicio ordinario regulado en los artículos 399 a 436 de la LEC.

7º Cuantía del procedimiento

En virtud del artículo 253.3 LEC, en lo referente al daño emergente y el lucro cesante, deberá valorarse por el cauce del juicio ordinario, teniendo en todo caso en cuenta la parálisis total causada en la industria cigarrera mundial, la crisis de demanda de estos productos y las pérdidas que causó dicha acción. Respecto al daño moral, siguiendo el mismo sistema, deberá valorarse el perjuicio de Greed Group por el control que Sigaar puede imponer y del Sr. Gekko por la destitución en sus funciones de gestión de Newco basada en argumentos sin fundamento alguno.

8º. Costas

En virtud del art. 394.1 de la LEC, solicito que las costas se impongan a la parte demandada.

JURÍDICO-MATERIALES

ÚNICO. – OPRESIÓN DE LA MINORÍA DE NEWCO MEDIANTE EL ACUERDO DE AUMENTO DE CAPITAL

El aumento de capital se llevó a cabo con ánimo de diluir sustancialmente la participación en Newco de Greed Group. A resultas de dicha ampliación de capital, Sigaar pasó a controlar el 95% del capital.

El aumento de capital por compensación de créditos facilita en gran manera la posibilidad del abuso de la mayoría. En reiteradas ocasiones lo ha advertido la DGRN, como en la Resolución de 2 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4585) al decir que *“esta Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social”*.

De este modo, entiende el artículo 204.1 LSC que serán impugnables los acuerdos sociales que *“lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”*. Además,

añade el artículo 204.1 II LSC, que dicha lesión no es necesario que cause un daño sobre el patrimonio, sino que basta con que se haga una imposición de forma abusiva, entendiendo este artículo por abusivo cuando no responde a una necesidad razonable y se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. Se trata, pues, de una tipificación legal de los acuerdos abusivos como una subcategoría de los acuerdos contrarios al interés social, en los que cabe, así, distinguir dos supuestos: los de acuerdos contrarios al interés social y los acuerdos que lo son por resultar constitutivos de un abuso de la mayoría.

Uno de los puntos clave de análisis será la determinación de la finalidad concreta perseguida por la mayoría no sólo con la propuesta de aumento de capital sino también con la elección de esa modalidad frente a otras posibles, que incluyen derecho de preferencia y, no causan necesariamente la dilución del socio que no tenga créditos compensables frente a la sociedad o que los tenga en una proporción inferior al porcentaje de su participación en la sociedad. Si se llega a la conclusión de que lo predominante en la propuesta era la dilución del socio, se estará más cerca del abuso. Si, por el contrario, se entiende que lo principal ha sido la atención a la situación de la sociedad, se estará más lejos de ello.

Queda claramente dañado el interés social desde el punto que la tensión que provoca el aumento entre las partes causa una situación de parálisis total de la industria cigarrera mundial y la crisis de demanda de estos productos, repercutiendo de igual manera en la gestión diaria de la *Joint Venture* hasta el punto de frustrar las sinergias previstas por el proyecto de negocio conjunto.

Para aclarar esto, es necesario acudir primero a la Sentencia 7401/2018 del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2018. Entiende que en el caso de conflictos intrasocietarios no se podrá acudir a la mala fe del artículo 7.2 CC para impugnar el acuerdo social siempre que exista una regulación específica tipificada. Así establece que *“cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario”*.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de noviembre de 2018 (EDJ 2018/640662) en referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, establece que *"los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría"*. Entendiendo que solo se beneficia a Sigaar mediante este acuerdo de aumento, debemos considerarlo como contrario al interés de la sociedad y perjudicial para los minoritarios.

No es necesario que el acuerdo sea absolutamente imprescindible para la compañía, pero sí ha de responder a una justificación objetiva que esté por encima del sacrificio de la minoría. Si no es posible encontrar esa justificación, para el legislador la conclusión es que el acuerdo se tomó con el objetivo de beneficiar a la mayoría y perjudicar a la minoría. Además, debe entenderse que será carga de la sociedad demandada aportar la evidencia de que el acuerdo impugnado responde a esa "necesidad razonable" de la sociedad.

En tercer lugar, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, de 19 de julio de 2018 (EDJ 2018/594285) señala, en relación con un caso similar, que respecto de las manifestaciones de la parte actora diciendo que *"la ampliación de capital es abusiva y que con la misma se busca hacerse con el control de la sociedad"* debe entenderse que *"la Junta General de accionistas es soberana para adoptar el acuerdo de ampliación de capital cuando lo estime necesario, sin otros límites que la observancia de la Ley y los estatutos, y sin que pueda lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (artículo 204.1 del TRLSC), lesión del interés social que acaecerá cuando no exista una causa real y lícita que justificase la adopción del acuerdo de ampliación de capital de la entidad, deduciéndose que no existe otro interés en ello que perjudicar a los actores (en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Secc. 28 de fecha 12 de mayo de 2017)*. Por lo tanto, no se trata aquí de que por parte del Juzgado se valore si era mejor opción o no, entre las varias a efectuar o si la mera preferencia de la minoría social por otra alternativa convertida en abusiva la decisión de la mayoría". Existiendo un interés demostrable de que Sigaar quería hacerse con el poder total de la Joint Venture, se actuaría conforme a lo que entiende la jurisprudencia como válido, es

decir, que existe una clara actuación abusiva por el socio mayoritario y no una mera contradicción en la decisión a tomar por la sociedad entre unos socios y otros.

En cuarto lugar, la Sentencia 268/2018, del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 15 de mayo de 2018, en el mismo sentido que las anteriores, contempla que *“los Tribunales solo deben dejar sin efecto aquellos acuerdos sociales que, adoptados por la mayoría, comporten una conducta desleal hacia la sociedad. Así se traduce de la regla que la impugnación se produciría cuando impone la existencia de un perjuicio para la sociedad y un coetáneo beneficio para su socio o un tercero”*. Añade además una definición clara de lo que debemos entender por ejercicio abusivo del derecho al señalar que *“se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”* y, para aclarar aún más señala que son 3 los requisitos para entenderlo como abusivo:

- Que no responda a una necesidad razonable de la empresa, hecho que queda claramente demostrado al empeorar la situación económica y social.
- Que se adopte en interés propio de la mayoría (y no dañe el patrimonio social), al tomarse con la aprobación única de Sigaar, que representa el 75%.
- Que se adopte en detrimento injustificado de los demás socios, viéndose claramente este hecho en la reducción al 5% del capital de Greed Group.

Por último, debemos añadir la Sentencia 54/2018, del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Murcia, de 21 de febrero de 2018, que señala, en relación con la posibilidad de juzgar este tipo de abusos que *“es perfectamente factible entrar a examinar en el caso si los acuerdos impugnados fueron impuestos o no de forma abusiva por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios, no ya porque sean lesivos del interés social sino por proponerse satisfacer un interés extrasocial, como ocurre en el caso de que la adopción del acuerdo haya sido consecuencia del abuso de derecho de la mayoría o incluso del único socio mayoritario, sin que sea de recibo la argumentación de las demandadas al decir que no*

cabe entender que no han sido impuestas de manera abusiva por la mayoría, por haber sido acordadas por un elevado número de socios minoritarios que, sumados, conforman la voluntad mayoritaria de la sociedad". Dando por tanto la razón a mi representado en su defensa y motivos.

Y, al hablar de interés social, entiende el Profesor Jesús Alfaro² que *"en principio no hay más interés social que el interés común de los socios"*. Añade a esto la Sentencia mencionada que *"de esta manera la pregunta acerca de qué interés último deben perseguir los administradores o la Junta de una sociedad se ciñe su concepción a que solo se tienen en cuenta los intereses de los socios. Lo que el artículo 204 LSC ordena a los jueces es que se limiten a declarar ineficaces los acuerdos cuya adopción por la mayoría constituye un comportamiento desleal hacia la sociedad y hacia la minoría. Son impugnables los acuerdos que impliquen una infracción del deber de lealtad de la mayoría"*. Por tanto, el elemento clave en la determinación de si un acuerdo es o no constitutivo de abuso de la mayoría se encuentra en la posibilidad de justificar el acuerdo desde el punto de vista de la necesidad razonable de la sociedad.

Para entender dicho abuso de su deber por la mayoría, entiende el Juzgado que *"esto ocurre cuando utiliza su derecho de voto ignorando o menospreciando los derechos de sus consocios e incumpliendo así la promesa implícita en el contrato de sociedad de no desviar valor de la esfera social a la esfera particular. Precisamente por ello los acuerdos de la junta son impugnables por infracción del interés social"*.

Dice este Juzgado que, pese a que los socios puedan perseguir su interés propio mediante el voto, el hecho de poseer una posición de influencia en la sociedad limita dicho interés en detrimento del deber de lealtad hacia sus consocios. Además, añade que *"la buena fe les obliga a perseguir intereses comunes, cualquiera que sea su contenido (exartículo 1666 CC)"* y que *"la clave de la contrariedad al interés social está en la persecución y obtención de una ventaja particular que pone de relieve la existencia de un defecto en el procedimiento por conflicto de interés"*.

² Cometarios de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014 (EDL 2014/202806)), Editorial Civitas

Por todo ello, aunque los acuerdos sociales que se impugnen no perjudiquen a la sociedad pueden ser calificados de expropiatorios para la minoría y, por tanto, nulos. Queda demostrado todo esto con los hechos concretos que lleva a cabo Sigaar como es la expulsión de Gekko de forma posterior al aumento, una vez posee suficiente poder en el voto, y por el 95% del capital que posee una vez se ha llevado a cabo el aumento. Añadido a todo esto, y como se ha dicho más arriba, la decisión tomada ha supuesto el empeoramiento de la situación de Newco, es decir, el perjuicio para la sociedad.

También, mencionando la Jurisprudencia empleada cumple claramente con los tres requisitos que se exigen, no responde a una necesidad razonable de la empresa (incluso provoca una pérdida para los socios), se adopta en interés propio de la mayoría y se adopta en detrimento injustificado de los demás socios (expulsando prácticamente en su totalidad a Greed Group de la Joint Venture).

Todo lo expuesto en este punto, queda claramente reflejado en la Sentencia EDJ 21004/2012, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 23 de noviembre de 2012, que resuelve a cerca de un supuesto muy similar al que nos encontramos, en el que falló declarando que la finalidad primordial del aumento de capital por compensación de créditos fue el perjuicio a la minoría. En este caso y en una situación de tensión, se plantea un aumento de capital por compensación de determinados créditos derivados de préstamos otorgados por la mayoría a la sociedad. Como puede leerse en esa resolución, *“la junta general de socios es soberana para adoptar los acuerdos que estime preciso, pero si las circunstancias del caso evidencian que la finalidad de alguno de los alcanzados en ella (como pudiera serlo el de ampliación de capital) fuera precisamente el perjudicar a un determinado socio, debilitando severamente su participación social, sin que éste tuviera posibilidad de reaccionar en igualdad de condiciones con los demás para evitar tal resultado, podría justificarse la impugnación por ilegal de lo acordado”*. Además, añade este Tribunal *“que la decisión de ampliar fuese no una necesidad sino una mera conveniencia, lo cual puede resultar perfectamente legítimo que lo decida la mayoría social, siempre que no utilice, como ocurrió en este caso, la vía más agresiva de entre las existentes para acometerla del modo más dañino posible para la situación de los minoritarios, que al quedar privados de la posibilidad de participar en ella si era por vía de compensación de créditos (pues no ha sido discutido que no cabía en tal caso el ejercicio del derecho de adquisición preferente, debiendo tenerse en cuenta, además, que por Ley 3/2009,*

de 3 de abril, se modificó el artículo 158.1 del TRLSA en ese sentido) sufrían una importantísima dilución en su participación en la entidad, pues pasaban de ostentar un 34,56 % a un 8,77%”. Añade en relación con los créditos de carácter compensable, que “aunque pudieran ser legítimos, habían sido contraídos en momento bastante reciente, lo que en un contexto de enfrentamiento entre los socios podría resultar sospechoso, pese al interés que en tiempo pretérito habían mostrado en ello, lo que les dejó de modo sorpresivo fuera de la posibilidad de participar en la ampliación por esa vía”, siendo este argumento coincidente con el tan reciente aumento que se llevó a cabo por parte de Newco, en una situación de conflicto. Por último concluye la Audiencia que “el acuerdo de ampliación de capital estuvo presidido por la finalidad de perjudicar a la minoría social discrepante [...], al producir la dilución de la participación social de los minoritarios, asegurándose de ello mediante la elección del mecanismo concreto (compensación de créditos otorgados por algunos de ellos) que privaría a aquéllos, en represalia por su conducta precedente, de cualquier posibilidad de poder participar en él, a diferencia del efecto que se siguió para los mayoritarios”.

Esta resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, unida a todo lo expuesto con anterioridad, deja muy clara la forma en la que han procedido los socios mayoritarios de Newco, buscando en todo momento su interés particular y perjudicando a los miembros de Greed Group, socio minoritario.

Por todo lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados y copias, lo admita, teniéndome por personado y parte en la representación acreditada de **GREED GROUP, S.A.** y, por formulada la demanda sobre impugnación de acuerdos sociales, acordando que se sustancie por los trámites del juicio ordinario, dictándose en su día, por el tribunal, previa la pertinente tramitación, sentencia por la que se anulen los acuerdos tomados en la reunión de la Junta General extraordinaria de fecha 27 de abril de 2020.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Es justicia que pido en Barcelona, a 25 de septiembre de 2020

PRIMER OTROSÍ DIGO: Mi mandante que representan el 25% del capital social de la demandada, al amparo de lo dispuesto en los artículos 723 y 727.10ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicita como medida cautelar la suspensión del acuerdo impugnado, toda vez que de ejecutarse el mismo causaría un perjuicio irreparable en los intereses sociales, así como de mi mandante al privar de la facultad de control que supone sobre las cuentas de la sociedad. Dicha solicitud se adjunta en la parte inferior de la demanda como **ANEXO 1.**

SUPlico AL JUZGADO: Determine la suspensión del acuerdo social impugnado.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que esta parte manifiesta su voluntad expresa de cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos para la validez de los actos procesales y si por cualquier circunstancia esta representación hubiera incurrido en algún defecto, ofrece desde este momento su subsanación de forma inmediata y a requerimiento del mismo, todo ello a los efectos prevenidos en el artículo 231 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

SUPlico AL JUZGADO: Que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legalmente oportunos.

TERCER OTRO SÍ DIGO: Que, junto a los hechos alegados, se tenga por presentada la siguiente DOCUMENTAL presentada:

- **Documento nº1:** poder de representación de **Don CARLOS PÉREZ SÁNCHEZ** en nombre de **GREED GROUP, S.A.**
- **Documento nº2:** títulos justificativos de la propiedad de **GREED GROUP, S.A.** sobre el 25% de las acciones de Newco.
- **Documentos nº3 y nº4:** anuncios de convocatoria de la Junta General Extraordinaria celebrada el día 27 de abril de 2020 a las 10.00 horas junto con el orden del día.
- **Documento nº5:** certificado de adopción de acuerdos sociales librado y visado.

SUPlico AL JUzGADO: Que tenga por aportada la documental presentada.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Que, teniendo en cuenta el artículo 299 de la LEC, se tengan por presentados los siguientes medios de pruebas y, en su momento, sean admitidos para su posible valoración por el juez en el acto de la vista:

1.º Interrogatorio de parte: Solicitamos el interrogatorio de Glauser Roist, como administrador Mancomunado de Sigaar y parte no firmante del acuerdo de constitución de Newco, así como del Sr. Bud Fox como parte que propuso a mi representado la constitución de la Joint Venture.

2.º Documentos públicos: Presentamos el Acuerdo de creación de la Joint Venture y sus bases en el Registro Mercantil de Barcelona.

3.º Documentos privados: Presentamos el Informe de auditoría solicitado por Sigaar, el informe del experto independiente y el informe de Habanera. Además, esta parte presenta el contrato firmado por Sigaar y Greed Group y el acta de la junta general extraordinaria de los socios de Newco celebrada el 27 de abril de 2020.

4.º Interrogatorio de testigos: solicitamos el interrogatorio del experto independiente como persona conocedora del caso y de los datos concretos de la operación de Joint Venture.

SUPlico AL JUzGADO: Que tenga por presentados los medios de prueba.

Es justicia que reitero en Barcelona, a 25 de septiembre de 2020.

Letrado: D. Borja Uzquiano
Nº colegiado: 123.456

Procurador: Don Carlos Pérez Sánchez

ANEXO 1: SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

Se solicita la adopción de la medida cautelar que se dirá en base a los siguientes

HECHOS

Primero. Se insta la nulidad del acuerdo por el que se produce la ampliación de capital de la entidad demandada.

Este acuerdo deberá inscribirse en el Registro Mercantil por imperativo del art. 315.1 de la LSC.

Reitero aquí lo alegado en la demanda principal sobre los motivos de nulidad o anulabilidad del acuerdo impugnado y señalo que la no adopción de tal medida daría lugar a que pudieran producirse la inscripción registral del aumento de capital y la enajenación de las acciones emitidas a terceros de buena fe que impedirían o dificultarían la ejecución de la sentencia a dictar en el presente pleito.

Los acuerdos posteriores a esta Junta se adoptarían con emisión de los votos correspondientes a las acciones emitidas en méritos de los acuerdos impugnados, creándose unas nuevas mayorías artificiales que podrían imponerse aún en los casos en que la ley y los estatutos exigen una mayoría reforzada.

Y, de acordarse un nuevo aumento de capital por compensación de créditos, la cantidad o el número de acciones a entregar a mi principal se calcularía teniendo en cuenta las acciones emitidas en desarrollo de los acuerdos impugnados.

Para entender la licitud de las medidas cautelares, debemos tener en cuenta la Sentencia 202/2018, de la sección 5 del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2018, que recoge los requisitos básicos de solicitud de estas medidas alegando que *“el sistema cautelar exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante, la concurrencia del periculum in mora, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”. Y, nuestra jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba”*. A esto, añade que *“debemos recordar que la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, como hemos señalado, entre otras muchas resoluciones, en ATS de 12 de julio de 2002 , se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la LRJCA “asegurar la efectividad de la sentencia”. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, “opera como criterio decisor de la suspensión cautelar” (AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000) y el artículo 130 LRJCA especifica, como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta, aquél en que “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil”*.

Todo lo expuesto, llevado a nuestro caso concreto, no puede mas que dejar claro que no se está provoca un daño al interés general de la sociedad con la medida, que solo intenta prevenir un abuso ya existente con la decisión tomada por el socio mayoritario. Sin dicha medida cautelar, Sigaar podría actuar con total libertad, con la posesión del 95% del capital y de nada serviría la impugnación del acuerdo si otras medidas fueran aprobadas en el transcurso de la demanda.

Ofrezco constituir caución en forma de garantía bancaria, por el importe equivalente al valor del aumento de capital impugnado. Greed Group estima que la caución es la adecuada.

Y tales medidas se invocan en base a los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º. Competencia.

Se invoca el artículo 723 de la LEC, por el que será competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares, el tribunal que, no habiéndose iniciado el proceso, sea competente para conocer de la demanda principal.

2º. Legitimación activa.

En base a los artículos 721 y 727-10º de la LEC, Greed Group tiene capacidad suficiente para solicitar tales medidas, al representar más del 5% del capital social.

4º. Procedimiento.

Se deberá proceder en base a los artículos 730 y ss de la LEC.

Por lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO: Que se tengan por presentada la presente medida cautelar y, en su momento, sea valorada por el juez para su posible aplicación.

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

Desde nuestro despacho consideramos que la posible contestación por parte de Newco podría basarse en los siguientes argumentos:

- El acuerdo se lleva a cabo para mejorar la situación económica debido al mal momento del negocio del tabaco y no lesiona el interés social.

Es uno de los argumentos más probables que intenten usar para intentar desestimar la demanda. El mal momento por el que pasa el negocio del tabaco es la excusa perfecta para intentar reestructurar la sociedad y quedarse con un porcentaje mayor dentro de la sociedad. Pero hay que tener en cuenta que la crisis no es solo en el mercado general, sino que también se produjo de forma intrasocietaria. Además, es posible que aleguen que mediante la compensación de créditos se puede llegar a evitar el concurso de acreedores al producirse una reducción de la deuda y un aumento del activo.

Además, basado en lo anterior, alegarán que en ningún momento se lesionó el interés social que era maximizar las ganancias a través del negocio del tabaco. Mediante este aumento expondrán que buscaban recuperar la situación económica para poder llevar a cabo la función para la que fue creada la Joint Venture.

- No hay abuso de derecho

En este punto, se acudirá al requisito de las mayorías necesarias para llevar a cabo el aumento. Cumpliendo con lo que la Ley de Sociedades de Capital recoge respecto a las mayorías necesarias para sacar adelante el aumento, alegarán que nunca se actuó en contra del socio minoritario y que fueron consultados todos ellos en Junta General, procediendo posteriormente a votarse como exige la Ley. De este modo y, unido al punto anterior, intentarán demostrar que, ejercitando todos los requisitos que se exigen e intentando mejorar la situación en la que se encuentran, en ningún momento se dañó el interés de los socios ni se abusó de las minorías, sino que se intentó buscar una mejora para todos, no quedando otra que compensar los créditos.

- El acuerdo responde a una justificación objetiva que está por encima del sacrificio de la minoría

Otro de los argumentos que podrán emplear es el hecho de la necesidad para la sociedad. Con la justificación de que se está intentando evitar el Concurso de Acreedores, tendrán la razón objetiva que necesitan para poder aplicar la necesidad de sacrificar a la minoría para salvar a la empresa. Esta justificación deberá verse reflejada en el informe que deben llevar a cabo los administradores, donde claramente puede verse el objetivo que buscan con el aumento de capital.

- Vía menos agresiva para el aumento

Por último, intentarán exponer que el aumento por compensación de créditos es la menos gravosa para los socios, ya que no deben realizar aportaciones dinerarias a la sociedad en un momento complicado como en el que se encontraban. Además, añadirán que otro tipo de aumento sería más arriesgado y agresivo. De esta manera, se suele ocultar el hecho de que en otros métodos de aumento existe el derecho preferente que el aumento por compensación de créditos no permite. Por lo tanto, si es aceptado el planteamiento, habrán conseguido que aquellos socios que no tienen créditos a compensar (los minoritarios) vean reducida su participación en el capital.

Respecto a la reconvencción:

Desde nuestro punto de vista, no es posible que se lleve a cabo por parte de Newco una reconvencción. En el caso de que se hubiera decidido demandar a Sigaar, sería posible que intentasen llevarla a cabo, pero en este caso no es posible. Así lo entiende la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 406, al establecer que *“el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante”* pero añadiendo que *“sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal”*. En nuestro caso concreto, Sigaar debería actuar llevando a cabo una demanda paralela a la nuestra aportando los motivos que considere que le hayan podido afectar, pero dichos motivos no tienen nada que ver con el objeto de nuestra demanda ni con los posibles daños que pueda entender Newco que se le han provocado. Por tanto, no cabría la reconvencción.

4. BIBLIOGRAFÍA:

BANCO SANTANDER “el EBITDA”. En: Página Web Oficial Banco Santander, S.A.

BÁSCONES RAMOS, J.M. “La responsabilidad civil de los auditores”. En: Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos (ASOCEX).

BASE DE DATOS LEFEBVRE, INTELIGENCIA JURÍDICA.

BUENO JIMÉNEZ, M. “La doctrina de los actos propios: aplicación y exclusión”. En: Revista jurídica: Noticias Jurídicas.

DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO (2015): *Resolución de 2 de octubre de 2015*.

FERRER-BONSOMS HERÁNDEZ, I. “Precontrato, contrato y la carta de intenciones”. En: Revista jurídica: Legal Today.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “Los grupos de casos de acuerdos abusivos”. En: El Derecho. Revista de Derecho Mercantil, n.º 76.

GLOBAL ECONOMIST & JURIST

GONZÁLEZ VARADÉ, P. “Carácter vinculante o no vinculante de las Cartas de Intenciones”. En: ILP Abogados

GUÍA JURÍDICA WOLTERS KLUWER “Obligaciones mancomunadas”

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

PRADOS RAMOS, L. “el aumento de capital por compensación de créditos”. En: Notaría Luis Prados Ramos.

PUENTES SERRANO, MA. “La Joint Venture”. En: Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

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

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

SEVILLA CÁCERES, F. “Iitisconsorcio pasivo necesario”. En: Revista Jurídica: mundo jurídico