



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Trabajo de Fin de Máster en Derecho de Empresa

AUTOR: JUAN LOZANO DE DIEGO

OPCIÓN A

TUTOR: ABEL BENITO VEIGA COPO

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE

INFORME PREVIO A LA DEMANDA.....	3
1. POSIBLES VÍAS LEGALES DE RECLAMACIÓN	3
2. ASPECTOS PROCESALES DE LA POSIBLE DEMANDA	5
A) Competencia y jurisdicción	5
B) Justificación de legitimación activa y pasiva	8
C) Posibilidad de litisconsorcio pasivo necesario	9
D) Acciones planteables y plazos procesales.....	9
E) Proposición de pruebas y medios de prueba	11
3. ASPECTOS MATERIALES DE LA POSIBLE DEMANDA	13
A) Reclamación de daños por supuesto falseamiento de cuentas.....	13
B) Responsabilidad de Pufosa Asesores Financieros, S.A.....	15
C) Declaraciones y garantías en la compraventa de acciones de HABANERA, S.A.U.	17
D) Desviación de clientela y actos de competencia desleal por Gordon Gekko.....	19
E) Valor de acuerdo de intenciones y declaraciones y garantías	21
F) Valor probatorio de los correos electrónicos	22
G) Mancomunidad y solidaridad de los administradores.....	23
H) Valoración de la <i>Joint Venture</i>	24
ESCRITO DE DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO.....	26
INFORME PREVIO A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	49
1. RESPONSABILIDAD DE LA FIRMA DE AUDITORÍA	49
2. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HABANERA.....	50
3. RESPONSABILIDAD DE GREED GROUP	52
4. RESPONSABILIDAD DE DON GORDON GEKKO	52
5. RECONVENCIÓN.....	53
BIBLIOGRAFÍA	55

INFORME PREVIO A LA DEMANDA

Este despacho de abogados, de acuerdo con la hoja de encargo firmada y emitida por los señores Fox y Roist en nombre de la sociedad de la que son administradores, SIGAAR, BV, se dispone a la elaboración de un informe desde el punto de vista jurídico con respecto a las pretensiones planteadas por los mandantes, así como la fundamentación fáctica planteada a nuestros abogados con respecto a la operación societaria acordada entre su mercantil y los administradores de Habanera, S.A.

Nuestro informe, pese al desarrollo de un análisis de las posibles actuaciones jurídicas a interponer, así como los diferentes aspectos procesales a tener en cuenta, no obliga a nuestros clientes a la decisión de seguir adelante con la interposición de la acción judicial que estimen más conveniente, la cual responderá a como mejor estimen los mismos para la consecución de la defensa de sus intereses en un posible procedimiento judicial.

El informe planteará, en un primer lugar, las diferentes vías legales a tener en cuenta para la defensa de sus intereses, con las ventajas e inconvenientes que plantean cada una de ellas, para a continuación exponer de forma detallada los aspectos tanto procedimentales (legitimación, competencia del órgano jurisdiccional al que dirigirse, plazo de prescripción...) como materiales que sustenten la pretensión de nuestros clientes.

1. POSIBLES VÍAS LEGALES DE RECLAMACIÓN

Atendiendo al supuesto planteado por nuestros clientes, entendemos que existen diferentes posibilidades de actuación en la defensa de sus intereses:

1. En primer lugar, una de las opciones que cabe es la de no emprender acciones legales contra ninguno de los posibles codemandados. Esta actuación evita excesivos costes y una posible condena en costas en caso de obtener una sentencia desfavorable que plantearía el hecho de acudir a vía judicial para la defensa de sus intereses, así como la dilatación del procedimiento y la imposibilidad de obtener una solución por parte de los órganos jurisdiccionales en un período breve de tiempo. Si lo que se quiere es revertir la situación actual lo antes posible, tanto para la pérdida de clientes como el resarcimiento del daño producido por el pago de las acciones a un precio mayor del real, esta opción debe tenerse en cuenta, ostentando además una participación mayoritaria del 95% de Newco a causa de la ampliación de capital, lo que les otorga un gran poder de decisión.

2. En segundo lugar, debemos plantear la posibilidad de alcanzar un acuerdo con los posibles codemandados para evitar así acudir a la vía judicial, ya que siempre es más favorable “un mal acuerdo en sede judicial que un buen pleito”. Esta posibilidad implicaría que ambas partes, las cuales se encuentran ahora mismo enfrentadas, acercaran posturas y otorgaran concesiones para evitar así el coste de acudir a un procedimiento para la defensa de sus intereses. En este sentido, nuestros clientes deberían conceder una audiencia al señor Gekko y demás administradores de Habanera, para plantear una conciliación o mediación en la que se acerquen posturas y se renegocien las cláusulas sociales por las que se rige la gestión de Newco. Entendemos que el señor Gekko pretenderá, en este sentido, que se eliminen de su persona toda acusación infundada, desde el supuesto falseamiento de las cuentas anuales a la desviación de clientela, y que nuestros clientes querrán que se garantice que el señor Gekko actuará en el mejor beneficio de la mercantil para la consecución del mayor número de clientes en el mercado español y caribeño.
3. En tercer lugar, y con vistas ya a la defensa de sus intereses ante un órgano jurisdiccional, cabe la posibilidad de acudir a un arbitraje, pudiendo escoger la Corte de Arbitraje que mejor convenga a nuestros clientes, lo que otorga unas ventajas debido a las características transfronterizas que plantea el caso, siendo nuestros clientes holandeses y uno de los posibles codemandados de nacionalidad australiana. Esta vía permite acudir a un procedimiento que es más familiar para nuestros clientes que los órganos judiciales españoles, y que además a priori puede parecer más imparcial al no basarse en la jurisdicción y leyes españolas en exclusiva para la resolución de la controversia. No obstante, los arbitrajes, si bien permiten obtener una solución ejecutable en un menor período de tiempo, plantea como principales desventajas el alto coste que habrá de afrontar, así como la imposibilidad de acudir a ulteriores instancias para apelar la solución dada a la controversia, en caso de ser desfavorable para nuestros clientes.
4. En último lugar, y como vía más favorable al parecer de nuestros abogados, planteamos acudir a los órganos jurisdiccionales españoles que correspondan en función de su jurisdicción y competencia para la resolución de la controversia, asumiendo un coste menor y que, pese a enfrentarse a un procedimiento dilatado y en el que nuestros clientes no se encuentran tan familiarizados, permite en mayor medida la defensa de sus intereses, pudiendo acudir a segundas instancias y casación en caso de no obtener una sentencia favorable.

De acuerdo con lo dicho anteriormente, se plantea a nuestros clientes la posibilidad de acudir a la vía judicial para llevar a cabo las acciones de reclamación de responsabilidad civil derivada del delito de falseamiento de cuentas, la acción de responsabilidad civil contractual derivada del informe de auditoría a partir de la hoja de encargo firmada y emitida por mi mandante, la responsabilidad por daños y perjuicios por las declaraciones y garantías firmadas con los administradores de Habanera, así como las posibles acciones de reclamación por competencia desleal llevadas a cabo por el señor Gekko, y que a continuación plantearemos de forma detallada.

2. ASPECTOS PROCESALES DE LA POSIBLE DEMANDA

A) Competencia y jurisdicción

En primer lugar, debemos aclarar que el delito de falsedad documental por el que se acusa a los administradores de Habanera, S.A. se debe tramitar por vía penal en los Juzgados de lo Penal que correspondan. Sin embargo, las acciones ahora ejercitadas en nombre y representación de mis clientes corresponden con las reclamaciones de responsabilidad y daño irrogado como consecuencia de la actuación de los codemandados, por lo que se entiende ya agotada o no ejercitada la vía penal correspondiente a este delito y a otros posibles de este supuesto

Consta en los hechos enunciados la inclusión por parte de mis clientes y los posibles demandados de una cláusula de sumisión expresa por la que se establece que “todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarán ante los Juzgados y Tribunales de Valencia”. Si bien esta cláusula es lícita y tiene efecto en todo litigio que surja a partir de la esfera obligacional de los contratos que existen entre las partes, solamente una de las acciones que entendemos ejercitables en este proceso tendría cabida bajo esta cláusula. Este es el caso de la reclamación por las declaraciones y garantías establecidas en el acuerdo de compraventa de acciones que se firmó el 20 de diciembre de 2019, y para las cuales se estableció una vigencia de doce (12) meses para el ejercicio de reclamación. No obstante, esta es la única acción de reclamación que deberá resolverse por los Juzgados y Tribunales de Valencia, y a pesar de no estarse ejercitando acciones exclusivamente derivadas del contrato, sino una ejecución de una garantía acordada en el mismo.

No obstante, debemos optar por la acumulación de acciones, de acuerdo con lo previsto en los arts. 71 y 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”)¹, al existir varias acciones de responsabilidad ejercitables conjuntamente contra los mismos demandados bajo diferentes títulos, así como reclamaciones frente a distintos demandados bajo títulos que tienen un nexo causal entre ellos, con el fin de evitar sentencias contradictorias, de acuerdo con el art. 76.1 LEC

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

y con el fin de que el Juzgado competente resuelva conjuntamente sobre todas ellas, bajo una sola causa de pedir o *petitum*. El problema surge, por tanto, a la hora de acudir a los Juzgados y Tribunales de Valencia de acuerdo con la sumisión expresa para el resto de acciones planteadas bajo títulos que quedan fuera del ámbito contractual y contra sujetos que nada tuvieron que ver con la sumisión a dicha cláusula, por lo que dicha sumisión no será aplicable, debiendo por tanto optar por el Juzgado o Tribunal que se estime competente de acuerdo con las reglas sobre la acumulación de acciones.

En este sentido, establece el art. 73.1 LEC los requisitos bajo los que podrá darse la acumulación de acciones:

“Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso:

1º. Que el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal.

2º. Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo.

3º. Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir.”

Se entiende que dichos requisitos se encuentran cumplidos, al no estarse ejercitando ninguna de las acciones excluidas de la posibilidad de acumulación. La única acción que plantearía problemas con respecto a la competencia objetiva por razón de la materia sería la acción de competencia desleal frente al Señor Gekko, puesto que compete a los Juzgados de lo Mercantil. Esta competencia objetiva por razón de la materia se entiende como un fuero imperativo y que, según lo establecido en el art. 52.1.12º LEC, excluye de aplicación cualquier sumisión expresa que se haya acordado, entendiendo que: *“En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.”*

Para este caso, entendemos que el fuero aplicable es el primero, que establece que *“será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento”*, y ya que el señor Gekko es administrador tanto de Greed Group, con domicilio social en Madrid, como de

Habanera, S.A.U., con domicilio social en Alicante, se podrá optar por el que mejor convenga al demandante que plantea la acción de reclamación por competencia desleal, eligiendo en este caso Alicante como fuero competente, ante la pluralidad de domicilios de mi demandado.

Debe acumularse esta acción de competencia desleal al resto de acciones de responsabilidad y reclamación de daños y dilucidarse todas ellas por la jurisdicción civil, ya que se plantea también una acción de responsabilidad social contra el señor Gekko como administrador de Habanera, S.A.U. por el falseamiento de cuentas anuales, así como la ejecución de la garantía del contrato de compraventa suscrito con él y el resto de los administradores de la mercantil.

Por ello, es de aplicación el art. 400.1 LEC, no podrán reservarse cuantas acciones se entiendan ejercitables en el momento de presentación de la demanda contra los mismos demandados contra los que se ejercita la acción que fundamenta la demanda para ser ejercitadas en un momento posterior, si éstas pueden ser alegadas como hechos o fundamentos distintos en la misma demanda. Por lo tanto, este artículo nos viene a decir que deben ejercitarse conjuntamente las acciones de responsabilidad por competencia desleal y las acciones de responsabilidad social contra el mismo demandante que es el señor Gekko, debiendo resolverse todas ellas junto con las otras que planteamos por la jurisdicción civil por la pluralidad de acciones civiles planteadas, frente a sólo una de competencia objetiva mercantil.

Por último, para la acumulación de acciones, establece el art. 73 LEC dos fueros de competencia territorial diferentes, uno para la acumulación de acciones del art. 71 LEC, y otro distinto para la pluralidad de demandados o litisconsorcio pasivo del art. 72 LEC. Como hemos dicho anteriormente, se dan ambas circunstancias, puesto que al igual que se plantean varias acciones contra los mismos sujetos, como establece el primer supuesto – el caso de reclamación de diferentes acciones bajo títulos de distinta índole contra el señor Gekko-, se plantean también varias acciones contra varios sujetos distintos pero que mantienen un nexo causal entre ellas y que imposibilitan poder ejercitarlas en un momento posterior o correr el riesgo de obtener sentencias contradictorias, de acuerdo con los artículos anteriormente citados, produciéndose un litisconsorcio necesario impropio que desarrollaremos más adelante.

Pese a darse ambas circunstancias y plantear cada una de ellas peculiaridades propias, establece el legislador un tratamiento uniforme bajo el art. 53.1 LEC, estableciendo un primer fuero que será el del lugar correspondiente a la pretensión que sea fundamento de las demás; si el anterior fuero no pudiera utilizarse, será competente el Tribunal que debe conocer del mayor número de las acciones acumuladas; y si éste tampoco pudiese determinarse, el del lugar de la pretensión más relevante cuantitativamente.

Entendemos que no se da ninguna de estas circunstancias, puesto que no hay una acción que sea fundamento de las demás ni una que sea más cuantiosa, por ejercitarse conjuntamente frente a

sujetos distintos por existir un nexo causal entre las diferentes acciones de responsabilidad, y no entendiendo que un Tribunal conozca de más pretensiones que otro. Para el caso de que ninguno de los criterios anteriores se puede utilizar, porque todas las pretensiones son principales, no hay un Tribunal que conozca de más pretensiones que otros y todos tienen la misma relevancia cuantitativa, entiende la doctrina y en especial Julio Banacloche Palao que, en ese caso, decidirá el demandante. Por lo tanto, entendemos como fuero aplicable los Juzgados y Tribunales competentes de Alicante, según lo dicho anteriormente.

B) Justificación de legitimación activa y pasiva

La legitimación activa corresponde a mi principal en su condición de parte en el contrato de compraventa de acciones de la sociedad Habanera, S.A.U. suscrito con Greed Group, S.A., para la ejecución de la garantía establecida en el citado acuerdo, de acuerdo con el art. 10 LEC.

Por otro lado, mis clientes tienen legitimación activa como socios afectados por el falseamiento de cuentas anuales por parte del resto de administradores de Habanera, S.A.U. en el ejercicio 2019, de acuerdo con los arts. 236 y siguientes de la LEC, ya que entraron en el accionariado a finales de ese año y se vieron afectados por la falsificación de la documentación financiera que fijó una valoración para la adquisición de acciones por parte de mis mandantes.

También se encuentran legitimados como perjudicados por el informe de auditoría que mi mandante nombró y contrató a partir de la hoja de encargo que fue emitida y que ha sido injustificadamente falseado, imponiendo de forma injustificada un precio que es más elevado del que correspondía, de acuerdo con el art. 10 LEC y art. 241.bis de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”)².

Por último, se acumulan a estas acciones de responsabilidad contractual las de competencia desleal exigibles al señor Gekko correspondientes a los arts. 32.1.1^a y 5^a LEC, al no tratarse de acciones incompatibles entre sí y que mantienen un nexo por la razón de pedir, con el fin de que todas las pretensiones enunciadas se ventilen por medio de un único procedimiento ordinario, para evitar así sentencias contradictorias existiendo unidad de *petitum*. Para la interposición de esta acción tiene mi mandante legitimación activa de acuerdo con el artículo 33.1 Ley de Competencia Desleal (en adelante, “LCD”)³, al ser un operador en el mercado cigarrero que ha realizado una inversión cuantiosa con el fin de abrirse en el mercado español y caribeño, y que se ve afectado por la gestión negligente del señor Gekko, que se dedica a la desviación de clientela

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

³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

que acude a él como representante de la Newco, siendo por tanto perjudicado directo de dichas acciones de competencia desleal que recoge el art. 14 LCD.

Con respecto a la legitimación pasiva, es la que se refiere a la parte demandada y, puede definirse, según la jurisprudencia del Alto Tribunal⁴ como:

"Una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas", cuya determinación obliga a establecer si guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen, lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta. En este sentido, la relación jurídica existente entre mi mandante y los codemandados con respecto a las acciones ejercitadas hace presuponer una concurrencia de la legitimación pasiva para actuar como codemandados en el procedimiento.

C) Posibilidad de litisconsorcio pasivo necesario

Como ya hemos ido explicando en el presente informe, existen una pluralidad de codemandados con respecto a las diferentes acciones planteadas, que han sido acumuladas de acuerdo con los arts. 71 a 73 LEC. Entiende doctrina y jurisprudencia por litisconsorcio la interposición de la demanda por varios sujetos -litisconsorcio activo- o contra varios sujetos -litisconsorcio pasivo- o la existencia de varios sujetos tanto en la posición de demandante como demandado. Si bien existen diferentes tipos de litisconsorcios, en nuestro caso solamente sería aplicable el **litisconsorcio voluntario**, el cual tiene su origen en la decisión de acumular pretensiones o acciones y que, ante una pluralidad de relaciones jurídico-sustantivas que implican a sujetos diferentes y que guardan cierta conexión, la Ley permite acumular en el mismo proceso dichas acciones. Los otros dos casos de litisconsorcio, como son el pasivo necesario y el necesario impropio o cuasinecesario, no son aplicables puesto que sólo tendrán lugar bajo unos supuestos tasados por ley que no son aplicables a nuestro caso (en materia de derechos indivisibles, acciones de estado, comunidad hereditaria, impugnación de acuerdos sociales...).

D) Acciones planteables y plazos procesales

La acción ejercitable por nuestros clientes en el proceso judicial que se iniciará con la presentación de la demanda en plazo se desdibuja a través de diferentes acciones contra diferentes demandados

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 306/2019, de 3 de junio de 2019.

de forma conjunta por medio de la acumulación de acciones, como ya hemos explicado. Las acciones a ejercitar, junto con el análisis de su interposición en plazo, son las siguientes:

1. En primer lugar, la presente acción social de responsabilidad y reclamación de los daños irrogados frente a los administradores debe interponerse antes de que transcurriera el plazo de cuatro (4) años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 241.bis LSC. Es decir, desde que la sociedad, el socio o el acreedor conocieron el daño por actos u omisiones contrarios a Ley o a estatutos o por el incumplimiento de los deberes de los administradores. En nuestro caso, nuestros clientes interponen la acción de responsabilidad desde su condición de socio de Habanera, S.A., como consecuencia del delito de falseamiento de las cuentas del art. 290 del Código Penal (en adelante, “CP”)⁵ e incumplimiento de su deber de lealtad.
2. En segundo lugar, la acción de reclamación de daños y perjuicios por el informe de auditoría frente a Pufosa Asesores Financieros, S.A. se tramita a través de la responsabilidad contractual del art. 1101 del Código Civil (en adelante, “CC”)⁶ interpuesta por la sociedad de la que son administradores mis clientes, y no por su condición de administradores o socios, sin haber transcurrido el plazo de cinco (5) años que fija el art. 1964 CC, teniendo en cuenta que fue mi principal y no la sociedad auditada quien encargó el informe de auditoría, como se hace probar a partir de la hoja de encargo.
3. En tercer lugar, una acción de reclamación frente a GREED GROUP, S.A. por las declaraciones y garantías que se firmaron en el contrato de compraventa de acciones con una vigencia de doce (12) meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de HABANERA, S.A.U., con fecha 20 de diciembre de 2019. Si bien han transcurrido más de 12 meses desde dicha fecha hasta el día de hoy en que emitimos el presente informe, de acuerdo con la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo⁷, se suspende el cómputo del plazo anterior, así como de cualquier plazo procesal, por lo que esta acción es todavía ejercitable por mi mandante. Por otro lado, el art. 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo⁸ ha alzado el plazo con efectos desde el 4 de junio, y procede volverlo a computar desde su inicio (art. 2. 1º del Real Decreto ley

⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁷ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

⁸ Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

16/2020, de 28 de abril, derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre⁹). Entendemos, por tanto, que estas declaraciones y garantías serían todavía ejercitables por mi mandante en sede judicial.

4. Por último, la acción declarativa de deslealtad y de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal derivada de la desviación de clientela como consecuencia del clima de tensión creado por el Señor Gekko como consecuencia de su actuación como gestor de la Newco, cuya gestión compartía junto con mi mandante. El plazo de prescripción para la interposición de esta acción de reclamación es de un (1) año a contar desde que el afectado por los actos de competencia desleal tiene conocimiento de la realización del acto de competencia desleal, o bien antes de haber transcurrido tres (3) años, en todo caso, si transcurren más de tres (3) años desde la realización del acto de competencia desleal sin haberse interrumpido, y con independencia del momento en que el afectado tienen conocimiento del acto de competencia desleal. Debemos considerar que no ha transcurrido ninguno de los plazos de prescripción anteriormente descritos y que establece el art. 35 LCD, puesto que dichos actos de competencia desleal fueron conocidos por mi principal semanas después de la junta general extraordinaria que tuvo lugar el 27 de abril de 2020, encontrándonos por tanto en plazo legal para la interposición de la acción.

E) Proposición de pruebas y medios de prueba

Para una mejor fundamentación de los hechos que relataremos en la demanda para apoyar la pretensión de mi principal, se hace necesario la proposición de los diferentes medios de prueba disponibles según la LEC. Se entiende por prueba el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo, en busca del convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia e inexistencia, veracidad o falsedad de los datos mismos.

El derecho a utilización de medios de prueba que la parte estime pertinentes, en palabras del Tribunal Constitucional¹⁰, de acuerdo con lo establecido en el art. 24.2 CE:

“Constituye un derecho fundamental que se reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad necesaria para lograr la

⁹ Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de septiembre de 1995.

convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso”.

De entre los medios de prueba disponibles, haremos uso de los siguientes en nuestra pretensión frente al órgano judicial correspondiente:

1. **Prueba documental:** esta prueba permite a los litigantes certificar contratos que se hayan suscrito, informes realizados por terceros, declaraciones y garantías por las partes... De acuerdo con el art. 265 LEC, ésta deberá aportarse al proceso junto a la contestación y a la demanda, como regla general. En nuestra demanda se aportará cuanta documentación relacionada con la fundamentación fáctica sea necesaria para que dichos hechos adquieran la condición de “hechos probados”, debiendo aportarse los contratos suscritos con los demandados, la hoja de encargo por la que se acuerda con Pufosa la realización del informe de auditoría, los diferentes informes de auditoría realizados, y cuanta documentación sea necesaria y sea aportable de acuerdo con nuestras pretensiones. Además, aquí se incluye toda documentación de carácter procesal, tal como el poder notarial y los documentos que acrediten la representación litigiosa.
2. **Interrogatorio de parte:** esta prueba no será propuesta en el escrito de demanda, sino en un momento posterior a la misma, más concretamente, en la celebración de la audiencia previa al juicio, no siendo necesario citar a la parte a la que se pretende interrogar si ella o su procurador están presentes, de acuerdo con los arts. 429.1 y 429.6 LEC. Esta prueba se llevará a cabo con el fin de citar al Señor Gekko, que es parte demandada en el procedimiento, para que comparezca y conteste, de acuerdo con lo establecido en los arts. 301 y siguientes de la LEC, a las preguntas que esta representación le formule, dirigidas a conocer en mayor profundidad su opinión sobre ciertos límites controvertidos sobre este litigio, tales como las actuaciones fraudulentas con respecto a las cuentas anuales o la supuesta desviación de clientela.
3. **Prueba testifical:** La fuente de la prueba testifical, de acuerdo con el art. 360 LEC, es el testigo, entendido como persona que tiene noticia del hecho controvertido y que no es parte del litigio. Su proposición se llevará a cabo también en el acto de la audiencia previa, y se citará como testigo-perito a aquél que tenga conocimientos para poder resolver sobre el límite relacionado con la valoración del EBITDA, para que aporte sus conocimientos técnicos para valorar un hecho del que no ha tenido conocimiento previo, por lo que no deberá ser conocedor de los informes llevados a cabo por Pufosa y el experto independiente¹¹, de acuerdo con el art. 370.4 LEC.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 19 de noviembre de 2007.

4. **Prueba pericial:** esta prueba consiste en una actividad dirigida a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un hecho previamente afirmado y que se concreta en la declaración de una persona ajena al litigio que aporta al proceso sus conocimientos especializados en una materia no jurídica cuyo conocimiento resulta necesario para valorar tal hecho correctamente. Según quien nombre al perito, el momento de proposición de la prueba variará. En este sentido, se pretende designar a un perito por esta parte que realice un informe que se aportará junto al escrito de demanda (arts. 269.1 y 336.1 LEC) y que versará sobre resultados correspondientes a los cuatro (4) primeros meses del ejercicio de 2020 de Newco, y la previsión de resultados de dicho año, y su comparación con las expectativas que figuran en el acuerdo de intenciones que dio lugar a la inversión llevada a cabo por mi mandante. Por otro lado, se solicitará al juzgado competente la designación de un perito judicial para que realice un informe que arroje luz sobre la valoración de las acciones de Habanera de acuerdo con el EBITDA del ejercicio 2019, de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 339 LEC, y que deberá solicitarse en el escrito de demanda como otrosí digo.

3. ASPECTOS MATERIALES DE LA POSIBLE DEMANDA

A) Reclamación de daños por supuesto falseamiento de cuentas

La acción social de responsabilidad frente a los administradores de Habanera se fundamentará en base a la diferencia de valoración arrojada, de un lado, por los auditores nombrados por mi mandante y que fueron confirmados por experto independiente y, por otro lado, el concluido por el departamento contable de mi mandante, el cual entendió que se había establecido un EBITDA superior al real. Esta valoración tuvo consecuencias directas y perjudiciales sobre mi mandante, puesto que fue la cifra utilizada para la valoración de las acciones que se pretendían adquirir, por las cuales se ofreció el pago de ocho (8) veces el EBITDA que fijase el informe de auditoría.

Entendemos que existió una falsedad documental por parte de los administradores de Habanera, S.A., la cual dio lugar a un EBITDA de 972.222 euros que excedía del valor real que abordaban las cuentas no falseadas, como pudo concluir el departamento contable de mi mandante, que tasó dicho valor en 771.460 euros. Esta diferencia de 200.762 euros, la cual puede no parecer excesivamente cuantiosa, produjo un grave perjuicio económico a mi mandante, el cual ofreció para la adquisición del 75% de las acciones de HABANERA, S.A. ocho veces el importe determinado por la firma de auditoría e informe de experto independiente, pese a errar en su valoración como consecuencia del falseamiento de las cuentas que les fueron facilitadas. Así, el perjuicio sufrido por mi mandante ascendió a un total de 1.606.096 euros.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2018 dice lo siguiente con respecto a la acción social de responsabilidad frente a los administradores:

“No cabe duda que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad. Acción que en el presente caso y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (entre otras, STS 281/2017, de 10 de mayo) cumple con los requisitos exigidos para su aplicación, esto es,

- *La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores.*
- *Que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal.*
- *Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal.*
- *Que la sociedad sufra un daño*
- *Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.”*

Entendemos que concurren los requisitos exigidos que aquí se detallan para legitimar a ejercer la acción de responsabilidad social por los actos realizados por los administradores de Habanera, S.A. con anterioridad al acceso al cargo por mi cliente. En este sentido, debe entenderse que la falsedad documental tiene como único responsable la administración de la mercantil, la cual tiene encomendada, de acuerdo con los arts. 253 y 272 LSC, la aprobación y formulación de las cuentas anuales de la sociedad, produciendo un daño a la Sociedad por no transmitir la imagen fiel de los estados financieros de la sociedad, así como ser merecedora tal actitud de la calificación de conducta antijurídica, con su correspondiente responsabilidad penal derivada del delito de falseamiento de cuentas del art. 290 CP, que en este procedimiento no abordamos.

Por otro lado, el EBITDA es el concepto contable más sencillo de calcular que se aproxima a los flujos de caja generados por el negocio. Tal es así que ha sido adoptado por la comunidad de los negocios como referencia para la comparación de valoraciones y es comúnmente empleado como parte del cálculo del precio de una transacción, siendo multiplicado por un factor que suele estar relacionado con el número de años en los cuales se quiere permanecer en la inversión, siendo este caso de ocho (8). Por lo tanto, es una cifra que no sólo debió de observarse con un alto nivel de detalle, sino que además su posible sobrevaloración debió de ser observado por la *Vendors Due Diligence* llevada a cabo por el departamento legal de la demandada, respondiendo los administradores de su negligencia de forma compartida por *culpa in eligendo*.

Respecto a este delito societario, que está directamente relacionado con la acción de responsabilidad ejercida por mi mandante, entiende el Alto Tribunal¹² que:

“El artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero. En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc.). Y como delito doloso requiere el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción.”

Debemos por tanto concluir que existió una falsedad documental por parte de los administradores, que lleva aparejada una responsabilidad penal en base al art. 290 CP pero que aquí no se exige por mi mandante.

B) Responsabilidad de Pufosa Asesores Financieros, S.A.

La Ley de Auditoría de Cuentas (en adelante, “LAC”)¹³ dice en su artículo 26.1 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 el citado artículo”*, siendo el citado precepto la base de la responsabilidad civil de los auditores en el ejercicio de su labor.

De tal precepto se deriva la responsabilidad civil de los auditores, si bien éstos se enfrentan también a otros tipos de responsabilidad, como son la penal o administrativa, derivadas del incumplimiento de sus deberes contractuales y a causa de una mala praxis en su obligación de auditoría de una empresa, análisis y aprobación de cuentas anuales y emisión de informe que deberá reflejar la “imagen fiel” de la empresa. La empresa auditora no puede eximirse de su responsabilidad en base a una “concurrency de culpas” con los auditores de Habanera, ya que establece el art. 6 LAC que *“quien o quienes realicen dichos trabajos, estarán obligados a requerir cuanta información precisen para la emisión del informe de auditoría de cuentas”*.

Por otro lado, con respecto a la legitimación activa para interponer reclamación civil contractual en vez de extracontractual, es mi mandante el que contrata a la empresa auditora, por lo que al ser la propia sociedad como persona jurídica la parte actora de esta demanda, y no sus socios o

¹² Sentencia del Tribunal Supremo 4908/2009 de 16 de julio de 2009.

¹³ Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

administradores, debe entenderse a mi mandante parte del contrato suscrito para la elaboración del informe de auditoría de Habanera con los auditores de Pufosa.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 3292/2009 de 27 de marzo de 2009 entiende que según quien ejerza la acción de responsabilidad y bajo qué precepto, título o causa legal lo plantee, la acción podrá ser contractual o extracontractual, pese a existir una relación contractual de por medio:

“» La S. 16 mayo 1985 indica que... "cualquier relación jurídica que concede un medio específico para su resarcimiento será de preferente aplicación respecto de la responsabilidad extracontractual." »"No es bastante -señala S. 9 mayo 1983 - que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial entre las partes... " »Aplicado al supuesto de autos cabe concluir que la acción ejercitada es de responsabilidad extracontractual, no solo porque en virtud del principio iura novit curia se infiere de la descripción efectuada por la actora, sino porque se declara probado que quien actuó como demandantes son "algunos" accionistas de la empresa, entidad aseguradora Kairos, que como por el propio reconocimiento en el escrito de conclusiones de la demandante, son socios terceros "preferente". (...)» La acción ejercitada, en consecuencia es calificada de extracontractual.» El plazo de cuatro años referido en el art. 211 LSA se aplica a los supuestos de responsabilidad contractual -acción contractual- como expresamente se señala en la sentencia referida de 7 febrero 1962. En consecuencia el plazo de prescripción en el supuesto planteado es de 1 año.”

Para la apreciación de este régimen de responsabilidad civil, tanto la ley como la jurisprudencia exigen la concurrencia de una serie de requisitos cumulativos que podemos resumir en los siguientes: (i) una actuación antijurídica activa o pasiva, por parte del auditor en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada; (ii) que esta conducta del auditor sea culpable, por haber actuado con dolo o culpa constituida por el “incumplimiento de sus obligaciones” que presentan un aspecto técnico (*lex artis*); (iii) un perjuicio o daño a la sociedad auditada (o a tercero); no es suficiente el incumplimiento de sus obligaciones o la comisión de una conducta tipificada como ilícita por las normas penales o administrativas, si la misma no va acompañada de un daño; y por último, (iv) una relación de causalidad entre el daño o perjuicio sufrido por la sociedad auditada (o el tercero) y la conducta antijurídica del auditor.

Por tanto, entendemos que existe una concurrencia de dichos requisitos derivados de una actuación negligente por parte de los auditores, que tuvieron la posibilidad de solicitar cuanta documentación requiriesen en caso de observar falsedad o escasez de datos en las cuentas anuales formuladas por los administradores, como establece el art. 6 LAC. Entendemos además que, de

acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm.119 de 13 de mayo de 2008, la responsabilidad es subjetiva, “no es una responsabilidad objetiva a la que baste la causación de un daño, no siendo tampoco aplicable la teoría de la responsabilidad por riesgo”. Dicha responsabilidad debe y ha quedado probada en términos subjetivos por la negligencia en la que han incurrido los auditores, no solicitando cuanta información o documentación necesitaran para verificar las cuentas anuales y demás documentación financiera que les fue facilitada por los administradores de Habanera.

C) Declaraciones y garantías en la compraventa de acciones de HABANERA, S.A.U.

El día 20 de diciembre de 2019, mi mandante y los administradores de Habanera procedieron conforme al acuerdo de intenciones formalizando el representante de mi mandante, el señor Bud Fox, y el representante de la demandada, el señor Gordon Gekko, los contratos societarios de la operación y elevándolos a público ante Notario. Estos acuerdos contenían una serie de “declaraciones y garantías” acordadas por una vigencia de doce (12) meses con respecto a la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Entiende la doctrina y la jurisprudencia que las “declaraciones y garantías”, también llamadas “manifestaciones y garantías” – o, de acuerdo con el derecho anglosajón, “*Representations and Warranties*”-, son afirmaciones contrastables que las partes, y especialmente el transmitente, realizan en sede contractual sobre situaciones de hecho o derecho, presentes, pasadas y en determinadas circunstancias también futuras, respecto de la mercantil que es objeto de la transmisión y la propia operación de compraventa, y que implica responsabilidades para quien se obliga a su aprobación.

Si bien normalmente en las manifestaciones y garantías se hace constar contingencias o posibles riesgos ya conocidos por ambas partes, bien por haberse resaltado en la *Vendors Due Diligence* o bien por ser manifiestos, en nuestro caso se trata de un falseamiento de las cuentas que produjo una sobrevaloración del EBITDA que sirvió para la valoración de la inversión por mi mandante. Es por ello que, si bien no se hizo constancia específica de dicho límite en ese apartado en sede contractual, el transmitente se obligó a responder sobre “la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera”, con una vigencia de doce (12) meses, que entendemos que no han concluido por haber sido conocidos con anterioridad al transcurso del plazo y debido a la parálisis de plazos procesales que ya comentamos a causa de la pandemia.

La jurisprudencia ha entendido que la incorrección de las manifestaciones y garantías, por tratarse en última instancia de afirmaciones contrastables, conforma el hecho base para la atribución objetiva de la responsabilidad contractual como mecanismo de resolución del contrato, de ajuste

de precio o, en su caso, de indemnización, como se pretende en esta acción de responsabilidad, al haberse formalizado ya la compraventa de acciones.

Entiende la doctrina, en palabras de Ángel Carrasco Perera¹⁴, que esta contingencia se encuentra directamente relacionada con el saneamiento por vicios ocultos del art. 1484 CC por parte del vendedor, de forma que el comprador “*tendría que liquidar su daño por la diferencia entre el precio que pagó por las acciones y el que hubiera pagado de conocer la contingencia negativa*”. Pero de acuerdo con la estructura de dicho precepto y entendiendo que el vendedor no ha actuado con dolo, el vendedor no tiene que indemnizar la diferencia entre el valor actual del capital de la sociedad y el valor que tendría de no haber sido por la contingencia, sino la diferencia entre el precio que pagó mi mandante y el precio que hubiera pagado de haber sabido la contingencia. Esto es así porque el precio que hubiera pagado no correspondería con el valor real, al ser conocedor de una contingencia como es el hecho de un falseamiento en las cuentas y una falta de veracidad en la documentación financiera aportada a mis clientes.

La diferencia es importante, como la propia High Court expone en otro reciente caso donde se había realizado precisamente esta circunstancia¹⁵, en el que “*el precio «as warranted» era inferior en 500.000 libras al valor de la empresa as warranted, de forma que el comprador sólo pudo recuperar el precio pagado, suponiendo un valor actual de las acciones no superior a cero*”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha sostenido ocasionalmente que las contingencias garantizadas y producidas no constituyen vicios ocultos de las acciones vendidas en un contrato de compraventa porque las acciones como tales no padecen un defecto, sino que simplemente valen menos¹⁶ (STS 1059/2008, de 20 de noviembre, *ENA*, y STS 230/2011, de 30 de marzo, *Dental 900*). Entendemos sin embargo que, si el comprador arma bien su argumentación, ningún tribunal negaría la posibilidad de liquidar el daño en forma de una *actio quanti minoris* igual o equivalente al modelo del artículo 1486 CC. De hecho, ha operado de esta forma muchas veces, fuera del ámbito de las compraventas de empresas.¹⁷

Debemos concluir por tanto que existe posibilidad de ejecutar la garantía establecida en el contrato de compraventa que protegía al comprador en caso de falta de veracidad de los estados contables, pudiendo ejercitarse de forma similar a la acción de reclamación por vicios ocultos ya citada.

¹⁴ CARRASCO PERERA, A. “Incumplimiento de la garantía de la contabilidad como «imagen fiel» en la compraventa de empresas” Análisis GA-P (septiembre 2019). Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/09/Incumplimiento-de-la-garant%C3%ADa-de-la-contabilidad.pdf>.

¹⁵ 116 Cardoman Limited v MacAlister [2019] EWHC 1200.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1059/2008, de 20 de noviembre (*ENA*), y Sentencia del Tribunal Supremo 230/2011, de 30 de marzo (*Dental 900*).

¹⁷ Carrasco Perera, Á. “Incumplimiento de la garantía de la contabilidad como «imagen fiel» en la compraventa de empresas” Septiembre de 2019 (Obtenido de <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/09/Incumplimiento-de-la-garant%C3%ADa-de-la-contabilidad.pdf>)

D) Desviación de clientela y actos de competencia desleal por Gordon Gekko

De acuerdo con los hechos enunciados, el señor Gekko está aprovechando su condición de gestor de la Newco constituida el 3 de enero de 2020 con el fin de obtener clientela que destina a sus propios intereses en el mercado cigarrero mundial, atentando así contra el deber de lealtad y buen fin social que mantiene con la mercantil a la que pertenece.

Estas actuaciones se subsumen bajo la cláusula general de los actos de competencia desleal que establece el art. 4 LCD, entendiendo como tal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, la cual ha sido dotada de contenido autónomo y que engloba todos aquellos comportamientos que atentan contra la buena fe objetiva que debe regir en un sistema de libre mercado. En este sentido, el demandado como gestor de Newco, en vistas de la situación de tensión con mi cliente y la pérdida de participación social en la Newco, decidió acudir a la red de clientela obtenida como consecuencia de sus influencias en el mercado en que opera para atribuirse dicha cuota de mercado para su interés propio, entorpeciendo así la búsqueda de nuevos clientes a la sociedad recién constituida e imposibilitando a la misma a alcanzar los objetivos de negocio fijados para este año.

En esta línea argumentativa, la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2012 precisa que una de las manifestaciones subsumibles en dicha cláusula general prohibitiva son los denominados actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, para aquellos supuestos de utilización de prestaciones o resultados alcanzados por un tercero sin su consentimiento que no se encuentran protegidos por un derecho de exclusiva.

Por otro lado, esta conducta sería también subsumible en lo recogido por el art. 14 LCD en los casos de la llamada “inducción a la infracción contractual”, cuando la captación se realiza valiéndose de la infraestructura humana y material de la empresa para la que el sujeto agente presta sus servicios laborales, logrando la atracción o desvío de la clientela hacia otra empresa competidora con abuso de confianza y aprovechamiento de la infraestructura material, *know how* y red de contactos y que le proporciona la empresa en la que todavía presta sus servicios, como ocurre con el señor Gekko.

El Alto Tribunal¹⁸ precisa en esta misma línea lo siguiente:

"No hay ilícito cuando se produce tal circunstancia una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de noviembre de 2006); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009.

misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor".

No obstante, entiende esta parte que no sólo esta conducta se ha dado de forma continuada por el señor Gekko, sino que además fue iniciada tiempo antes de que el representante de mi mandante en su posición de administrador único de Newco se planteara rescindir de sus servicios por ser conocedor de tales conductas. Si bien se permite acudir a los clientes existentes y con los que se ha mantenido una red de contacto durante la relación laboral ya extinta, no se permite que dicho contacto se realice bajo una inducción.

En este sentido, la captación de clientela que se considera lícita y reconoce la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 encuentra su límite en una captación ilícita, llevada a cabo a partir de actos de denigración o engaño, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de julio de 2006, valiéndose de su posición de confianza con los clientes por parte del señor Gekko para inducirles a dejar de lado a Newco. La Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de octubre de 2007 entiende lo siguiente:

"La ilicitud concurrencial de la conducta de los demandados radica en que, mientras trabajaban para la actora y aprovechándose de los medios de ésta, han tratado de captar un posible cliente que en realidad se había puesto en contacto con CONSULTING FORMAPLAN", comportamiento encuadrable en el art. 5 LCD conforme a la STS 8-10-07 y que no habría sido ilícito "si los demandados hubieran tratado de captar el cliente después de cesar en su relación laboral o mercantil con la actora"

Por último, de entre las acciones a ejercitar que recoge el art. 32 LCD, la de resarcimiento por los daños y perjuicios requiere la concurrencia de dolo o culpa, lo que al parecer de esta parte es manifiesto, a causa del descontento que tenía el señor Gekko con el representante de mi mandante tras la junta celebrada el 27 de abril de 2020 y los sucesivos correos entre ellos tras las acusaciones suficientemente fundadas de que se había dado una falsedad documental en las cuentas de Habanera, S.A. Por otro lado, no es necesaria la probación de la relación de causalidad entre el daño producido a mi mandante con respecto a la desviación de clientela del señor Gekko, como consecuencia de la doctrina de la producción de daños ex re ipsa, entendiéndose que el daño es consecuencia necesaria para que exista la conducta desleal tipificada y que aquí se clama.¹⁹

Mi mandante ostenta la legitimación activa suficiente para interponer estas acciones de declaración y resarcimiento por las conductas realizadas en base al art. 33.1 LCD, ya que mi mandante como persona jurídica ha realizado una cuantiosa inversión en la compra de acciones de Habanera, S.A. para la constitución de la Newco y poder ampliar su red comercial en los

¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006 y de 22 de noviembre de 2006.

mercados españoles y caribeños en la venta de cigarrillos. Es por ello que, siendo titular de una participación del 75% del capital de Newco, que se ha visto incrementada como consecuencia del aumento de capital llevado a cabo, y siendo su representante el administrador único de la mercantil, el desvío clientelar llevado a cabo por el señor Gekko en nombre de Newco afecta directamente el objeto y buena ventura de su inversión.

Entendemos por tanto que el señor Gekko se benefició desde su todavía posición de gestor de Newco, y gracias a su importante peso en el mercado cigarrero, para desviar clientes que acudían a Newco directamente para hacer negocios con la empresa, evitando así que la Newco alcanzara los objetivos de negocio previstos para este año 2020.

E) Valor de acuerdo de intenciones y declaraciones y garantías

La fuerza probatoria del documento privado está en la función de su autenticidad, bien por el reconocimiento de la parte a quien perjudica, bien por cotejo de letras y firma, como establece el art. 326.1 LEC. Por otro lado, entiende el art. 1225 CC que el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.

Establece la STS 3845/2014²⁰, en su Fundamento Jurídico 5º, una diferenciación clara entre una carta de intenciones (también llamada *Letter of Intent*) considerada como tratos preliminares²¹ y que se encuadran dentro del ámbito de negociación o fase precontractual, y la figura jurídica del precontrato a que se refiere el art. 1451 CC, entendiéndose en esta Sentencia que el documento analizado no podía equipararse a esta figura del “precontrato” destacando que *“no estando determinados los elementos esenciales, haciendo falta un nuevo acuerdo posterior, se trata de simple tratos previos [STS de 21 de marzo de 2012, RC 931/2009]”*.

Es a partir de esta línea de argumentación que entendemos que la figura del precontrato, el cual vincula a las partes por la esperanza de negocio que se crea entre ellos, sólo será entendible cuando concurren algunos de los elementos esenciales del contrato que establece el art. 1261 CC, como son el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca. La anterior Sentencia se sirve de dicha línea argumental para denegar la existencia de precontrato, citando como referencias tanto la STS de 14 de diciembre

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 3845/2014, del 25 de junio de 2014.

²¹ GONZÁLEZ, N. “La responsabilidad de los tratos preliminares al contrato”. Menéndez Mato los define como *“aquellos actos precontractuales en sentido estricto, no esenciales para el nacimiento definitivo del contrato, y cuyo contenido consiste en un conjunto de conversaciones y actividades dirigidas a informarse y negociar los futuros términos del contrato”*. Disponible en: <http://www.torresabogados.com/2016/12/20/la-responsabilidad-de-los-tratos-preliminares-al-contrato/>.

de 2006, que afirma que *"el precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado y así, en el precontrato de compraventa conste la cosa vendida y el precio; si no estuvieren determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional"*; y la STS 5036/2006 de 7 de septiembre de 2010, entre otras.

En conclusión, en lo que se refiere al acuerdo de intenciones de nuestro supuesto, si bien no conocemos al detalle el contenido del mismo, entendemos que dicho documento incluía los términos esenciales de la operación que pretendía llevarse a cabo por las partes. En virtud de lo anteriormente expuesto sobre los acuerdos de intenciones, parece ser que el mismo sí resultaría vinculante para las partes, al hacerse constar elementos como la fórmula de valoración de las acciones -que puede asemejarse a una fórmula de fijación del precio como elemento esencial-, así como declaraciones y garantías que son responsabilidades incluidas en el contrato de compraventa.

Con respecto a las declaraciones y garantías, si bien ya hemos explicado anteriormente con detalle tanto su significado como la fundamentación para la ejecución de las garantías que en él se incluyen, nos reiteramos en el hecho de poder hacer responsables a los administradores de Habanera por la falta de veracidad de los estados contables aportados como documentación previa a la compraventa, y que podría asemejarse a la aparición de vicios ocultos propia de la compraventa.

F) Valor probatorio de los correos electrónicos

Son incluidos en la definición de documentos privados que conforman la prueba documental en un procedimiento, de acuerdo con los arts. 324 LEC y 1223 CC, a los documentos electrónicos, que podrán ser utilizados como medio de prueba y como mejor convenga a la parte que la propone en el litigio correspondiente.

De acuerdo con lo que se establece en el art. 326 LEC, los correos electrónicos y cualquier otra forma de soporte electrónico se presumirán como auténticos y que gozan de veracidad a menos que sean impugnados por alguna de las partes en el proceso. Sin embargo, una de las cuestiones particulares de estas comunicaciones electrónicas es el de su imposibilidad de utilización en juicio por afectar al secreto de las comunicaciones o a la intimidad del emisor, lo cual enlaza con la previsión de no utilización de pruebas obtenidas por infracción de derecho fundamental, cuestión esta por ejemplo a la que alude genéricamente el art. 287 LEC, y concretamente el art. 433 LEC en el ámbito del juicio ordinario. Sin embargo, dentro de esta colisión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la intimidad, entendió la Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 2ª, de 26 de noviembre de 2008 que:

“La colisión que parece producirse entre los derechos fundamentales relativos a la protección de los datos (art. 18.4 de la CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 de la CE) justifica que se considere que la utilización de datos para la defensa de los intereses de los recurrentes en un juicio sobre reclamación de cantidad no sea contrario a los principios sobre protección de datos.”²²

En este sentido, y de acuerdo con lo que entiende la doctrina y jurisprudencia sobre esta colisión de derechos, optando por entender que prevalecerá la tutela judicial efectiva del art. 24 CE cuando la prueba electrónica sea propuesta por el actor en el proceso, sí que cabría aportar los correos intercambiados entre mi cliente y el señor Gekko, en los cuales se niega las acusaciones del falseamiento de documentación financiera.

G) Mancomunidad y solidaridad de los administradores

De cara al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de Habanera, debemos tener en cuenta la responsabilidad conjunta de los mismos, de acuerdo con el art. 236 LSC que establece lo siguiente:

1. *“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.*
2. *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.*
3. *La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.*
4. *Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que*

²² GIL NOGUERAS, L. A. “La valoración de la prueba electrónica en el proceso civil” *Práctica de Tribunales*, N° 130; Wolters Kluwer (Enero-Febrero 2018). Disponible en: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzI0tLM7Wy1KLizPw8WyMDQwsDQ0NTkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAF9IY7c1AAAAWKE>.

tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

5. *La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.”*

Esta solidaridad es consecuencia de la actuación colegiada del órgano de administración de la sociedad. La colegialidad convierte las decisiones de la mayoría en decisiones de todos los miembros del órgano de administración y permite, por ello, extender la responsabilidad por actos o acuerdos lesivos a cada uno de sus miembros. La colegialidad permite suponer que todos han adoptado el acuerdo o han aprobado el acto que causaron daños y, de no ser así, recaerá sobre ellos la prueba de que hicieron todo lo posible para contrarrestar la decisión o evitar el acuerdo lesivo que atentaba contra su obligación de deber de lealtad frente a la sociedad.²³

Esto nos permite plantear la acción social de responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes de gestión y formulación de cuentas anuales de forma individual y frente a uno de los administradores de Habanera, que deberá responder en nombre de todos los miembros del órgano de administración que aprobó el acuerdo lesivo para Habanera. En este caso, podría dirigirse en exclusiva contra el señor Gekko, si bien también existe de ejercer la acción de forma conjunta contra todos los miembros del consejo de administración, lo que salvaguardará en mayor medida la ejecución de una posible sentencia condenatoria y favorable a nuestra pretensión.

H) Valoración de la *Joint Venture*

De acuerdo con lo enunciado en los hechos del supuesto, la valoración de la Newco es relevante de cara a cuantificar el daño producido tanto por la inversión realizada por mis clientes, como la pérdida de negocio sufrida como consecuencia de la desviación de clientela llevada a cabo por el señor Gekko y que hizo que la mercantil no cumpliera con las perspectivas de negocio que estableció al comienzo del año 2020.

La discordancia de valoración entre el precio inicialmente determinado y el valor del negocio transmitido a la fecha del cierre puede suponer los llamados “ajustes del precio”, en caso de haberse acordado en el contrato de compraventa, y que tendrán su implicación en la reclamación y cuantificación del daño por mi mandante.

²³ Gómez Ligüerre, C. “*La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños*” Dirigido por el profesor D. Pablo Salvador Coderch. Barcelona (marzo de 2005).

En este sentido, caben dos métodos de reajuste del precio:

1. *Completion accounts*: este mecanismo consiste en determinar un precio inicial de la transacción en base a los estados financieros a una fecha determinada cercana a la fecha de firma del contrato, calculando la deuda del negocio y su *working* capital normalizado. Una vez determinadas dichas cifras, se firma el contrato determinando cómo calcular el precio final de la transacción en el momento del cierre, o precio ajustado. Tras la firma del contrato y transmisión del negocio se recalcula el precio ajustado por parte del comprador, con posterior comunicación al vendedor para, en caso de discrepancia, someter la misma a valoración por un tercero.
2. *Locked box*: este mecanismo fija el precio de la transacción en base a unos estados financieros históricos previos a la transacción efectiva y mutuamente acordados por las partes. Este precio se incluye en el contrato y no se modifica posteriormente, por lo que no otorga ajustes de precio, salvo excepciones tales como deudas. Bajo este método, sin embargo, el vendedor debe confirmar que no ha realizado ninguna salida de valor o *leakage* desde la fecha de análisis de los estados financieros.

No obstante, no aplicaremos ninguno de estos métodos de reajuste del precio por desconocer que fueran acordados por las partes en el acuerdo de compraventa, limitándonos a ejecutar la garantía por la falsedad de los estados contables de Habanera.

ESCRITO DE DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ALICANTE

FERNANDO TORIBIOS FUENTES, Procurador de los Tribunales y de **SIGAAR, BV**, cuyas demás circunstancias y representación acredito mediante la correspondiente escritura de poderes a mi favor conferidos que acompaño, y cuya devolución intereso, previo testimonio suficiente en autos, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en derecho

DIGO

Que en la representación enunciada, y por medio del presente escrito, formulo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** en el ejercicio de la **acción de responsabilidad contra los administradores a la que se acumulan otras acciones, tanto de responsabilidad, como de competencia desleal y de condena**; a fin de que en su día, se dicte sentencia de conformidad con las pretensiones de esta demanda, a la que sirven de antecedentes los siguientes:

IDENTIFICACIÓN DE LOS LITIGANTES

I.- PARTE ACTORA

A).- La demandante es SIGAAR, BV, domiciliada en Holanda, cuyo objeto social es la fabricación de cigarros holandeses, inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam con el número 58732409, con domicilio social en Hofplein 44 (3032 AC), Ámsterdam, y que es titular del 95% de las acciones sociales en que se divide el capital social tanto de la mercantil que es parte demandada, como de la sociedad de nueva creación.

B).- Postulación procesal de la parte actora: Representación a través del **Procurador** Fernando Toribios Fuentes, en virtud del poder apud acta que comprometen formalizar. **Defensa** mediante el **Letrado** Juan Lozano de Diego, con número de colegiación del ICAM 199238.

C).- Domicilio en España para notificaciones.- Mi principal designa como domicilio en España, a los efectos de la tramitación de este juicio y sus incidentes, el despacho profesional del procurador que suscribe.

II.- PARTE DEMANDADA

A).- DON GORDON GEKKO (y cualquier otra persona física o jurídica que figure como administrador de HABANERA, S.A. en el Registro Mercantil) en su condición de **miembros del Consejo de Administración de HABANERA, S.A.**, con domicilio en la Avenida de la Ilustración, nº 23 de Alicante (03203) e inscrita en el Registro Mercantil de Alicante al tomo 8756, libro 5050, folio 198, hoja A-185720, domicilio que se señala para el emplazamiento.

B).- PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A., sociedad española, con domicilio en calle María de Molina nº 4 de Madrid (28005) e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 6544, libro 3000, folio 100, hoja A-213886.

C).- GREED GROUP, S.A., sociedad española, con domicilio en calle del Muro nº 14 de Madrid (28015) e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187.

D).- DON GORDON GEKKO, mayor de edad, casado, de nacionalidad australiana, con NIE X-71208858-F y domicilio en calle del Muro nº 1 de Madrid (28015).

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 10 de septiembre de 2019 tiene lugar una reunión entre uno de los administradores mancomunados de mi mandante, DON BUD FOX, y el representante y Presidente del Consejo de Administración de GREED GROUP, S.A., DON GORDON GECKO, en la que se plantea la creación de una *Joint Venture* entre ambas mercantiles mediante la creación de una sociedad de nueva constitución, NEWCO, S.A., a partir del capital social de HABANERA, S.A.U., filial de GREED GROUP, S.A. y con la misma composición en su órgano de administración que su matriz.

SEGUNDO.- Con fecha posterior a dicha reunión, GREED GROUP, S.A., previo a la adquisición de las acciones de la filial por mi mandante para la ulterior creación de la Newco, se compromete a llevar a cabo un informe de revisión jurídica (*Vendors Due Diligence*) que refleje la situación legal de la mercantil, que se presentó junto con un informe de auditoría realizado por una firma de auditoría elegida por mi mandante, que analizaría los estados contables y resultado del ejercicio de 2019.

Acompaño copia del *Vendors Due Diligence Report* realizado por el departamento legal interno de GREED GROUP, S.A. como **documento núm. 1.**

TERCERO.- En fecha de la que no se tiene constancia, pero anterior al 31 de octubre, los administradores de HABANERA, S.A.U. facilitaron las cuentas anuales y los estados financieros, libros y documentos requeridos por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A., para que emitieran un informe de auditoría que comprendiera una opinión sobre sus estados financieros que sirviera de base para determinar el valor de mercado de sus acciones a los efectos de su adquisición.

CUARTO.- Que con fecha 31 de octubre de 2019, PUFOSA ASESORES FINANCIEROS S.A. realizó el informe de auditoría de la demandada, por encargo de mi principal, el cual fijaba la cifra del EBITDA en el ejercicio 2019 en NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS EUROS (972.222 €), tras lo cual mi mandante realizó una oferta para la adquisición del 75% de las acciones en las que está dividida el capital social de HABANERA, S.A.U. correspondiente a ocho veces la cifra ya mencionada, a partir de la aparente fiabilidad que presentaban ambos informes que le fueron entregados.

Acompaño copia del informe de auditoría realizado al cierre del ejercicio 2019 por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS y el pago del encargo del informe de auditoría por mi mandante como **documento núm. 2.**

QUINTO.- Con fecha 15 de noviembre de 2019, mi mandante firma con la demandada GREED GROUP, S.A. un acuerdo de intenciones en el que se hacen constar los términos esenciales de la operación societaria pretendida, incluyendo tanto una fórmula de determinación del valor de las acciones como un período de validez de las declaraciones y garantías acordadas con vigencia durante 24 meses. En dicho acuerdo consta también la estructura societaria de la operación pretendida, en la que mi mandante adquiriría el 75% de HABANERA, S.A.U. bajo el precio fijado por el informe de auditoría, para después constituir la Newco entre GREED GROUP, S.A. y mi mandante, con el aporte del 100% del patrimonio de HABANERA, S.A.U., resultando mi mandante en una titularidad del 75% de las acciones de la mercantil, mientras que la demandada sería titular de un 25% de las acciones.

Acompaño copia del acuerdo de intenciones suscrito entre mi mandante y GREED GROUP, S.A. como **documento núm. 3.**

SEXTO.- Con fecha 20 de diciembre de 2019, mi mandante y la demandada procedieron conforme al acuerdo de intenciones, formalizando el representante de mi mandante, DON BUD FOX y el representante de la demandada, DON GORDON GEKKO, los contratos societarios de la operación y elevándolos a público ante Notario. Dichos acuerdos contenían declaraciones y garantías acordadas por una vigencia de doce (12) meses con respecto a la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Acompaño copia de la escritura de compraventa de acciones de la sociedad HABANERA, S.A. como **documento núm. 4.**

SÉPTIMO.- Con fecha 3 de enero de 2020, quedó configurada la mercantil NEWCO, S.A., sociedad española, con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona (08019) e inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247, designando como administrador único a DON BUD FOX.

Acompaño copia de la escritura de constitución en la que obran testimoniados los Estatutos Sociales por los que se rige NEWCO, S.A. como **documento núm. 5.**

OCTAVO.- Con fecha 10 de marzo de 2020, mi mandante manifestó a GREED GROUP, S.A. que tras la adquisición de las acciones de Habanera, había podido constatar determinadas irregularidades en los estados financieros cometidas por los administradores demandados, a fin de sobrevalorar el precio de dichas acciones previo a su adquisición. Mi mandante presentó a DON GORDON GEKKO un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de mi poderdante, cuyo EBITDA daba un resultado de SETECIENTOS SETENTA Y UNO MIL CUATROCIENTOS SESENTA EUROS (771.460 €), solicitando un ajuste del precio acordado en la compraventa por la sobrevaloración realizada por los administradores de Habanera en la formulación de sus cuentas anuales.

Acompaño copia del informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR, BV como **documento núm. 6**, así como los correos electrónicos cruzados entre los representantes de mi principal y el citado Sr. Gekko, en los que se informa de dichas circunstancias, como **documento núm. 7**.

NOVENO.- Con fecha 27 de abril de 2020, se celebró Junta General Extraordinaria de Newco adoptándose, entre otros acuerdos, la destitución de DON BUD FOX como administrador único, cargo que pasó a ostentar el otro administrador mancomunado de mi mandante, DON GLAUSSER ROIST, así como un aumento de capital por compensación de un crédito que mantenía con mi mandante.

Acompaño copia del acta de la junta general extraordinaria de SIGAAR, BV como **documento núm. 8**.

DÉCIMO.- Con fecha 3 de mayo de 2020, mi mandante destituye a DON GORDON GEKKO de sus funciones de gestión en Newco, ya que se comprueba que está impidiendo el crecimiento de la mercantil a través de la venta online de sus productos y presuntamente creando redes clientelares para un negocio propio paralelo al de la *Joint Venture*, llevando a cabo así una conducta desleal en contra de su deber de gestor de la Newco y que está afectando de forma directa en los resultados de ventas previstos para este año de dicha mercantil.

Acompaño, señalado como **documento núm. 9**, las páginas web obtenidas de la red donde aparecen las ofertas concurrentes con la actividad de mi principal, así como la dirección de correo electrónico y datos de contacto del ofertante que se corresponden con los que utiliza habitualmente DON GORDON GEKKO en su condición de gestor de la Newco.

También aporto, como **documento núm. 10**, un informe de resultados correspondientes a los cuatro primeros meses del ejercicio de 2020, y la previsión de resultados de dicho año, y su comparación con las expectativas que figuran en el acuerdo de intenciones. Dicho informe ha sido emitido por experto independiente y se acompaña como informe pericial que será objeto de ratificación y ampliación en el acto del juico a propuesta de esta parte.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DE CARÁCTER PROCESAL

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Es competente, objetiva y territorialmente, el Juzgado al que nos dirigimos, para conocer de la presente demanda, de conformidad con los artículos 45 y 52. 2º y 12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a la concurrencia de diferentes domicilios en los codemandados, optando por presentar esta demanda en el domicilio del demandado principal, siendo Alicante el lugar en donde tiene localizado HABANERA, S.A. su domicilio social.

SEGUNDO.- ACCIONES EJERCITADAS Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

En primer lugar, la presente **acción de reclamación individual frente a los administradores** fue interpuesta antes de que transcurriera el plazo de cuatro (4) años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 241.bis LSC.

En segundo lugar, la **acción de reclamación de daños y perjuicios por el informe de auditoría frente a PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A.** se tramita a través de la responsabilidad contractual del art. 1101 CC ya que esta acción es interpuesta por mi mandante que es la sociedad SIGAAR, BV, no por medio de sus administradores o socios, sin haber transcurrido el plazo de cinco (5) años que fija el art. 1964 CC, teniendo en cuenta que fue mi principal y no la sociedad auditada quien encargó el informe de auditoría.

En tercer lugar, la **acción de reclamación frente a GREED GROUP, S.A. por las declaraciones y garantías** que se firmaron en el contrato de compraventa de acciones con una vigencia de doce (12) meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de HABANERA, S.A.U., con fecha 20 de diciembre de 2019. Si bien han transcurrido más de 12 meses desde dicha fecha hasta el día de hoy en que formalmente interponemos esta demanda, de acuerdo con la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se suspende el cómputo del plazo anterior, así como de cualquier plazo procesal, por lo que esta acción es todavía ejercitable por mi mandante. Que el art. 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo ha alzado el plazo con efectos desde el 4 de junio, y procede volverlo a computar desde su inicio (art. 2. 1º del Real Decreto ley 16/2020, de 28 de abril).

Por último, la **acción declarativa de deslealtad y de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal** derivada de la desviación de clientela como consecuencia del clima de tensión creado por DON GORDON GEKKO como consecuencia de su actuación como gestor de la Newco, cuya gestión compartía junto con mi mandante. El plazo de prescripción para la interposición de esta acción de reclamación es de un (1) año a contar desde que el afectado por los actos de competencia desleal tiene conocimiento de la realización del acto de competencia desleal, o bien antes de haber transcurrido tres (3) años, en todo caso, si transcurren más de tres años desde la realización del acto de competencia desleal sin haberse interrumpido, y con independencia del momento en que el afectado tienen conocimiento del acto de competencia desleal. Esta parte entiende que no ha transcurrido ninguno de los plazos de prescripción anteriormente descritos y que establece el art. 35 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que dichos actos de competencia desleal fueron conocidos por mi principal semanas después de la junta general extraordinaria que tuvo lugar el 27 de abril de 2020, encontrándonos por tato en plazo legal para la interposición de la acción.

TERCERO.- LEGITIMACIÓN

La legitimación activa corresponde a mi principal en su condición de parte en el contrato de compraventa de acciones de la sociedad HABANERA, S.A.U. suscrito con GREED GROUP, S.A., así como tercero afectado por el falseamiento de cuentas anuales por parte de los administradores de HABANERA, S.A.U. y como perjudicados por el informe de auditoría que mi mandante nombró y que ha sido injustificadamente falseado, imponiendo de forma injustificada un precio que es más elevado del que correspondía (art. 10 LEC y art. 241.bis LSC).

Además, se acumulan a estas acciones de responsabilidad contractual, de acuerdo con el art. 72 LEC, las de competencia desleal exigibles a DON GORDON GEKKO correspondientes a los arts. 32.1.1ª y 5ª LEC , al no tratarse de acciones incompatibles entre sí y que mantienen un nexo por la razón de pedir, con el fin de que todas las pretensiones enunciadas se ventilen por medio de un único procedimiento ordinario, para evitar así sentencias contradictorias existiendo unidad de *petitum*. Para la interposición de esta acción tiene mi mandante legitimación activa de acuerdo con el artículo 33.1 LCD.

CUARTO.- TRAMITACIÓN

El presente litigio se sustanciará por los trámites que para el juicio ordinario se indican en los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a lo dispuesto en el art. 249.1.4º y 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- POSTULACIÓN

La demandante actúa representada por procurador y asistida de abogado, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- CUANTÍA

La cuantía de este procedimiento viene constituida por la suma de las cuantías de las acciones acumuladas, es decir:

- 1.606.096 euros de la acción conjunta de resarcimiento, calculado a partir de multiplicar por ocho (8) la diferencia de valoración entre el precio pagado y el

valorado por el departamento contable de mi mandante, que resultaba en el monto de 200.762 euros; y

- 777.777 euros de la acción de competencia desleal, calculados a partir del 10% de la inversión realizada por mi mandante en la adquisición de acciones, la cual ascendía a 7.777.776 euros.

Lo que resulta en una cuantía total que asciende a 2.383.873 euros como importe de la reclamación total de mi principal, como suma de las respectivas acciones acumuladas.

SÉPTIMO.- COSTAS

Las costas deberán ser impuestas a la demandada, si se opusiera a estas pretensiones, por expresa aplicación de lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DE CARÁCTER MATERIAL

Fondo del asunto:

A) OBJETO

El objeto de esta demanda de procedimiento ordinario es:

1º.- El resarcimiento del perjuicio patrimonial o económico irrogado a mi principal por diversos agentes o intervinientes en operación societaria articulada para adquirir a la filial HABANERA, S.A.U.

2º.- El resarcimiento puede exigirse respecto de varios sujetos que responden solidariamente del perjuicio irrogado, pero que lo hacen en virtud de acciones distintas.

3°.- Por una parte, los administradores de HABANERA, S.A.U. tienen responsabilidad como personas físicas por el incumplimiento de sus deberes societarios. Esa responsabilidad tendría carácter extracontractual si se ejercitara por terceros ajenos a la compañía, pero no es el caso de mi principal, que forma parte de la sociedad a partir de 20 de diciembre de 2019, siendo titular de un 75% de las acciones en las que se encuentra dividido el capital social de HABANERA, S.A.U., por lo que está legitimado para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en su condición de socio de la mercantil.

4°.- Frente a los auditores, que responden por el incumplimiento del contrato que les vincula a mi principal.

5°.- También es exigible de GREEG GROUP, S.A. el cumplimiento de las declaraciones y garantías con que avalaron los estados financieros y su veracidad en el contrato de compraventa de acciones sociales de HABANERA, S.A.U. Tiene la condición de avalista o fiador de la operación, y por esta vía puede exigírsele la responsabilidad de resarcimiento.

6°.- Finalmente, a las acciones anteriores podemos acumular una acción distinta que es la acción de competencia desleal derivada exigible personalmente frente a DON GORDON GEKKO por la desviación de clientela, que afecta directa e injustificadamente a la gestión que le había sido encomendada de la Newco.

B) PRETENSIÓN

La pretensión de mi principal es que el Tribunal condene a todos ellos, y de forma solidaria, a restituir los daños y perjuicios irrogados que se corresponden con la diferencia entre el precio final pagado por las participaciones de la filial (7.777.776 euros) y el valor real de dichos activos (6.171.680 euros). Es decir, la suma de 1.606.096 euros. Pero además, GORDON GEKKO debe responder a mayores de un perjuicio distinto, que es la pérdida de las expectativas de negocio como consecuencia de las operaciones particulares, que concurriendo con las de Habanera, han reducido sus clientes y beneficios en el ejercicio de 2020, y que se valoran en el 10% del valor de la inversión de mi principal, es decir, en 777.777 euros.

Todo ello en base a las siguientes:

C) FUNDAMENTACIÓN

PRIMERO.- Falsedad de la documentación contable y financiera de HABANERA, S.A.

Entiende esta parte, en base a los hechos 3º y 4º, que existió una falsedad documental por parte de los administradores de HABANERA, S.A., la cual dio lugar a un EBITDA de 972.222 euros que excedía del valor real que abordaban las cuentas no falseadas, como pudo concluir el departamento contable de mi mandante, que tasó dicho valor en 771.460 euros. Esta diferencia de 200.762 euros, la cual puede no parecer excesivamente cuantiosa, produjo un grave perjuicio económico a mi mandante, el cual ofreció para la adquisición del 75% de las acciones de HABANERA, S.A. ocho veces el importe determinado por la firma de auditoría e informe de experto independiente, pese a errar en su valoración como consecuencia del falseamiento de las cuentas que les fueron facilitadas. Así, el perjuicio sufrido por mi mandante ascendió a un total de 1.606.096 euros.

Por otro lado, mi mandante tiene legitimación activa como socio afectado por el falseamiento de cuentas anuales por parte del resto de administradores de HABANERA, S.A. en el ejercicio 2019, de acuerdo con los arts. 236 y siguientes de la LEC, ya que entraron en el accionariado a finales de ese año y se vieron afectados por la falsificación de la documentación financiera que fijó una valoración para la adquisición de acciones por parte de mis mandantes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2018 dice lo siguiente con respecto a la acción social de responsabilidad frente a los administradores:

“No cabe duda que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad. Acción que en el presente caso y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (entre otras, STS 281/2017, de 10 de mayo) cumple con los requisitos exigidos para su aplicación, esto es,

- *La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores.*
- *Que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal.*
- *Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal.*
- *Que la sociedad sufra un daño*
- *Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.”*

Este Juzgado ante el que me dirijo debe apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos que aquí se detallan para encontrarse mi mandante legitimado a ejercer la acción de responsabilidad social por los actos realizados por los administradores de HABANERA, S.A. con anterioridad al acceso a su cargo. En este sentido, debe entenderse que la falsedad documental tiene como único responsable la administración de la mercantil, la cual tiene encomendada, de acuerdo con los arts. 253 y 272 LSC, la aprobación y formulación de las cuentas anuales de la sociedad, produciendo un daño a la Sociedad por no transmitir la imagen fiel de los estados financieros de la sociedad, así como ser merecedora tal actitud de la calificación de conducta antijurídica, con su correspondiente responsabilidad penal derivada del delito de falseamiento de cuentas del art. 290 CP, que en este procedimiento no abordamos.

Por otro lado, el EBITDA es el concepto contable más sencillo de calcular que se aproxima a los flujos de caja generados por el negocio. Tal es así que ha sido adoptado por la comunidad de los negocios como referencia para la comparación de valoraciones y es comúnmente empleado como parte del cálculo del precio de una transacción, siendo multiplicado por un factor que suele estar relacionado con el número de años en los cuales se quiere permanecer en la inversión, siendo este caso de ocho (8). Por lo tanto, es una cifra que no sólo debió de observarse con un alto nivel de detalle, sino que además su posible sobrevaloración debió de ser observado por la *Vendors Due Diligence* llevada a cabo por el departamento legal de la demandada, respondiendo los administradores de su negligencia de forma compartida por *culpa in eligendo*.

Respecto a este delito societario, que está directamente relacionado con la acción de responsabilidad ejercida por mi mandante, entiende la STS 4908/2009 de 16 de julio que:

“El artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero. En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc.). Y como delito doloso requiere el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción.”

SEGUNDO.- Incumplimiento contractual derivado del informe de auditoría emitido por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A.

La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas dice en su artículo 26.1 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 el citado artículo”*, siendo el citado precepto la base de la responsabilidad civil de los auditores en el ejercicio de su labor.

De tal precepto se deriva la responsabilidad civil de los auditores, si bien éstos se enfrentan también a otros tipos de responsabilidad, como son la penal o administrativa, derivadas del incumplimiento de sus deberes contractuales y a causa de una mala praxis en su obligación de auditoría de una empresa, análisis y aprobación de cuentas anuales y emisión de informe que deberá reflejar la *“imagen fiel”* de la empresa. La empresa auditora no puede eximirse de su responsabilidad en base a una *“concurrencia de culpas”* con los auditores de HABANERA, S.A., ya que establece el art. 6 LAC que *“quien o quienes realicen dichos trabajos, estarán obligados a requerir cuanta información precisen para la emisión del informe de auditoría de cuentas”*.

Por otro lado, con respecto a la legitimación activa para interponer reclamación civil contractual en vez de extracontractual, es mi mandante el que contrata a la empresa auditora, por lo que al ser la propia sociedad como persona jurídica la parte actora de esta demanda, y no sus socios o administradores, debe entenderse a mi mandante parte del contrato suscrito para la elaboración del informe de auditoría de HABANERA, S.A. con los auditores de PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 3292/2009 de 27 de marzo de 2009 entiende que según quien ejerza la acción de responsabilidad y bajo qué precepto, título o causa legal lo plantee, la acción podrá ser contractual o extracontractual, pese a existir una relación contractual de por medio:

“» La S. 16 mayo 1985 indica que... "cualquier relación jurídica que concede un medio específico para su resarcimiento será de preferente aplicación respecto de la responsabilidad extracontractual." »"No es bastante -señala S. 9 mayo 1983 - que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial entre las partes... ”

»Aplicado al supuesto de autos cabe concluir que la acción ejercitada es de responsabilidad extracontractual, no solo porque en virtud del principio iura novit curia se infiere de la descripción efectuada por la actora, sino porque se declara probado que quien actuó como demandantes son "algunos" accionistas de la empresa, entidad aseguradora Kairos, que como por el propio reconocimiento en el escrito de conclusiones de la demandante, son socios terceros "preferente". (...)» La acción ejercitada, en consecuencia es calificada de extracontractual.» El plazo de cuatro años referido en el art. 211 LSA se aplica a los supuestos de responsabilidad contractual -acción contractual- como expresamente se señala en la sentencia referida de 7 febrero 1962. En consecuencia el plazo de prescripción en el supuesto planteado es de 1 año.»

Para la apreciación de este régimen de responsabilidad civil, tanto la ley como la jurisprudencia exigen la concurrencia de una serie de requisitos cumulativos que podemos resumir en los siguientes: (i) una actuación antijurídica activa o pasiva, por parte del auditor en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada; (ii) que esta conducta del auditor sea culpable, por haber actuado con dolo o culpa constituida por el “incumplimiento de sus obligaciones” que presentan un aspecto técnico (*lex artis*); (iii) un perjuicio o daño a la sociedad auditada (o a tercero); no es suficiente el incumplimiento de sus obligaciones o la comisión de una conducta tipificada como ilícita por las normas penales o administrativas, si la misma no va acompañada de un daño; y por último, (iv) una relación de causalidad entre el daño o perjuicio sufrido por la sociedad auditada (o el tercero) y la conducta antijurídica del auditor.

Por tanto, entiende esta parte que existe una concurrencia de dichos requisitos derivados de una actuación negligente por parte de los auditores, que tuvieron la posibilidad de solicitar cuanta documentación requiriesen en caso de observar falsedad o escasez de datos en las cuentas anuales formuladas por los administradores, como establece el art. 6 LAC. Entendemos además que, de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm.119 de 13 de mayo de 2008, la responsabilidad es subjetiva, “*no es una responsabilidad objetiva a la que baste la causación de un daño, no siendo tampoco aplicable la teoría de la responsabilidad por riesgo*”. Dicha responsabilidad debe y ha quedado probada en términos subjetivos por la negligencia en la que han incurrido los auditores, no solicitando cuanta información o documentación necesitaren para verificar las cuentas anuales y demás documentación financiera que les fue facilitada.

TERCERO.- Vulneración de las declaraciones y garantías establecidas por GREED GROUP

De acuerdo con el Hecho 6º, mi mandante y la demandada procedieron conforme al acuerdo de intenciones formalizando el representante de mi mandante, DON BUD FOX, y el representante de la demandada, DON GORDON GEKKO, los contratos societarios de la operación y elevándolos a público ante Notario. Estos acuerdos contenían una serie de “declaraciones y garantías” acordadas por una vigencia de doce (12) meses con respecto a la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Entiende la doctrina y la jurisprudencia que las “declaraciones y garantías”, también llamadas “manifestaciones y garantías” – o, de acuerdo con el derecho anglosajón, “*Representations and Warranties*”-, son afirmaciones contrastables que las partes, y especialmente el transmitente, realizan en sede contractual sobre situaciones de hecho o derecho, presentes, pasadas y en determinadas circunstancias también futuras, respecto de la mercantil que es objeto de la transmisión y la propia operación de compraventa, y que implica responsabilidades para quien se obliga a su aprobación.

Si bien normalmente en las manifestaciones y garantías se hace constar contingencias o posibles riesgos ya conocidos por ambas partes, bien por haberse resaltado en la *Vendors Due Diligence* o bien por ser manifiestos, en nuestro caso se trata de un falseamiento de las cuentas que produjo una sobrevaloración del EBITDA que sirvió para la valoración de la inversión por mi mandante. Es por ello que, si bien no se hizo constancia específica de dicho límite en ese apartado en sede contractual, el transmitente se obligó a responder sobre “la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera”, con una vigencia de doce (12) meses, que entendemos que no han concluido por haber sido conocidos con anterioridad al transcurso del plazo y debido a la parálisis de plazos procesales que ya comentamos a causa de la pandemia.

La jurisprudencia ha entendido que la incorrección de las manifestaciones y garantías, por tratarse en última instancia de afirmaciones contrastables, conforma el hecho base para la atribución objetiva de la responsabilidad contractual como mecanismo de resolución del contrato, de ajuste de precio o, en su caso, de indemnización, como se pretende en esta acción de responsabilidad, al haberse formalizado ya la compraventa de acciones.

Entiende la doctrina, en palabras de Ángel Carrasco Perera, que esta contingencia se encuentra directamente relacionada con el saneamiento por vicios ocultos del art. 1484 CC por parte del vendedor, de forma que el comprador “*tendría que liquidar su daño por la diferencia entre el precio que pagó por las acciones y el que hubiera pagado de conocer la contingencia negativa*”. Pero de acuerdo con la estructura de dicho precepto y entendiendo que el vendedor

no ha actuado con dolo, el vendedor no tiene que indemnizar la diferencia entre el valor actual del capital de la sociedad y el valor que tendría de no haber sido por la contingencia, sino la diferencia entre el precio que pagó mi mandante y el precio que hubiera pagado de haber sabido la contingencia.

La diferencia es importante, como la propia High Court expone en otro reciente caso donde se había realizado precisamente esta circunstancia (*116 Cardoman Limited v MacAlister [2019] EWHC 1200*) en el que “*el precio «as warranted» era inferior en 500.000 libras al valor de la empresa as warranted, de forma que el comprador sólo pudo recuperar el precio pagado, suponiendo un valor actual de las acciones no superior a cero*”.

CUARTO.- Actos de competencia desleal por parte de DON GORDON GEKKO como gestor de la Newco

De acuerdo con la fundamentación fáctica relatada en nuestra demanda, DON GORDON GEKKO está aprovechando su condición de gestor de la Newco constituida el 3 de enero de 2020 con el fin de obtener clientela que destina a sus propios intereses en el mercado cigarrero mundial, atentando así contra el deber de lealtad y buen fin social que mantiene con la mercantil a la que pertenece.

Estas actuaciones se subsumen bajo la cláusula general de los actos de competencia desleal que establece el art. 4 LCD, entendiéndolo como tal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, la cual ha sido dotada de contenido autónomo y que engloba todos aquellos comportamientos que atentan contra la buena fe objetiva que debe regir en un sistema de libre mercado. En este sentido, el demandado como gestor de Newco, en vistas de la situación de tensión con DON BUD FOX y la pérdida de participación social en la Newco, decidió acudir a la red de clientela obtenida como consecuencia de sus influencias en el mercado en que opera para atribuirse dicha cuota de mercado para su interés propio, entorpeciendo así la búsqueda de nuevos clientes a la sociedad recién constituida e imposibilitando a la misma a alcanzar los objetivos de negocio fijados para este año.

En esta línea argumentativa, la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2012 precisa que una de las manifestaciones subsumibles en dicha cláusula general prohibitiva son los denominados actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, para aquellos supuestos de utilización de prestaciones o resultados

alcanzados por un tercero sin su consentimiento que no se encuentran protegidos por un derecho de exclusiva.

Por otro lado, esta conducta sería también subsumible en lo recogido por el art. 14 LCD en los casos de la llamada “inducción a la infracción contractual”, cuando la captación se realiza valiéndose de la infraestructura humana y material de la empresa para la que el sujeto agente presta sus servicios laborales, logrando la atracción o desvío de la clientela hacia otra empresa competidora con abuso de confianza y aprovechamiento de la infraestructura material, know how y red de contactos y que le proporciona la empresa en la que todavía presta sus servicios, como ocurre con el demandado.

La STS 8 de junio de 2009 precisa en esta misma línea que "no hay ilícito cuando se produce tal circunstancia una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de noviembre de 2006); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor". No obstante, entiende esta parte que no sólo esta conducta se ha dado de forma continuada por DON GORDON GEKKO, sino que además fue iniciada tiempo antes de que el representante de mi mandante en su posición de administrador único de Newco se planteara rescindir de sus servicios por ser conocedor de tales conductas. Si bien se permite acudir a los clientes existentes y con los que se ha mantenido una red de contacto durante la relación laboral ya extinta, no se permite que dicho contacto se realice bajo una inducción.

En este sentido, la captación de clientela que se considera lícita y reconoce la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 encuentra su límite en una captación ilícita, llevada a cabo a partir de actos de denigración o engaño, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de julio de 2006, valiéndose de su posición de confianza con los clientes por parte del demandado para inducirles a dejar de lado a Newco. La Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de octubre de 2007 entiende lo siguiente:

"La ilicitud concurrencial de la conducta de los demandados radica en que, mientras trabajaban para la actora y aprovechándose de los medios de ésta, han tratado de captar un posible cliente que en realidad se había puesto en contacto con CONSULTING FORMAPLAN", comportamiento encuadrable en el art. 5 LCD conforme a la STS 8-10-07 y que no habría sido ilícito "si los demandados hubieran tratado de captar el cliente después de cesar en su relación laboral o mercantil con la actora"

Por último, de entre las acciones a ejercitar que recoge el art. 32 LCD, la de resarcimiento por los daños y perjuicios requiere la concurrencia de dolo o culpa, lo que al parecer de esta parte es manifiesto, a causa del descontento que tenía DON GORDON GEKKO con el representante de mi mandante tras la junta celebrada el 27 de abril de 2020 y los sucesivos correos entre ellos tras las acusaciones suficientemente fundadas de que se había dado una falsedad documental en las cuentas de HABANERA, S.A. Por otro lado, no es necesaria la probación de la relación de causalidad entre el daño producido a mi mandante con respecto a la desviación de clientela del demandado, como consecuencia de la doctrina de la producción de daños ex re ipsa, entendiéndose que el daño es consecuencia necesaria para que exista la conducta desleal tipificada y que aquí se clama, de acuerdo con las Sentencias del TS del 21 de junio de 2006 y del 22 de noviembre de 2006.

Mi mandante ostenta la legitimación activa suficiente para interponer estas acciones de declaración y resarcimiento por las conductas realizadas en base al art. 33.1 LCD, debiendo entender este Juzgado que mi mandante como persona jurídica ha realizado una cuantiosa inversión en la compra de acciones de HABANERA, S.A. para la constitución de la Newco y poder ampliar su red comercial en los mercados españoles y caribeños en la venta de cigarros. Es por ello que, siendo titular de una participación del 75% del capital de Newco, que se ha visto incrementada como consecuencia del aumento de capital llevado a cabo, y siendo su representante el administrador único de la mercantil, el desvío clientelar llevado a cabo por el demandante en nombre de Newco afecta directamente el objeto y buena ventura de su inversión.

Entendemos por tanto que el demandado se benefició desde su todavía posición de gestor de Newco, y gracias a su importante peso en el mercado cigarrero, para desviar clientes que acudían a Newco directamente para hacer negocios con la empresa.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO tenga por presentado este escrito y documentos que acompaño (10), a mí por parte en la representación que ostento, y por deducida **demanda de juicio**

ordinario, se sirva admitirla, y previa su legal tramitación, incluido el recibimiento a prueba que expresamente solicito, dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda:

A.- Se condene solidariamente:

- A los administradores de HABANERA, S.A., DON GORDON GEKKO y demás administradores en su condición de personas físicas o jurídicas.
- A PUFOSA ASESORES FINANCIEROS
- A GREED GROUP, S.A.

A abonar al actor la suma de **UN MILLÓN SEISCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS EUROS (1.606.096 €)**

B.- Se declare que DON GORDON GEKKO ha realizado actos de competencia desleal frente a NEWCO, S.A. y se condene a abonar a mi principal la suma de **SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS (777.777 €)**.

C.- Más sus correspondientes intereses legales de dichas sumas y con expresa imposición de costas de este procedimiento, por ser de Justicia que pido en Alicante, a ocho de enero de dos mil veintiuno.

PRIMER OTROSI DIGO: Que al amparo de lo dispuesto en el art. 733.2º en relación con el art. 727.1º ambos de la LEC, solicito la adopción de MEDIDAS CAUTELARES URGENTES, consistente en acordar el EMBARGO PREVENTIVO DE LA CANTIDAD DE **SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS (777.777 €)**, mediante su retención en el juzgado que corresponda, interesando que se adopte dicha medida, **SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO DON GORDON GEKKO**, contra el que se dirige también esta petición, que fundo en las siguientes:

ALEGACIONES Y PRESUPUESTOS

PRIMERO.- ADECUACIÓN DE LA MEDIDA.- Se ejercita con la demanda principal una reclamación de la cantidad que debe abonar el demandado como consecuencia de los actos de competencia desleal llevados a cabo durante el ejercicio de su cargo como gestor en Newco. Se trata pues de una reclamación de cantidad que se corresponde con un porcentaje que valora tanto el daño emergente producido en los clientes perdidos en el ejercicio 2020 para Newco como el lucro cesante de la cuota de mercado que se ha perdido y que, de no haber actuado el demandado de la forma que actuó contra los fines mercantiles de mi mandante, su resultado se hubiera asemejado más a sus previsiones de negocio.

Está demostrado mediante la fundamentación fáctica descrita en este escrito que, a causa de las acusaciones del falseamiento de documentación por parte del demandado en el ejercicio de su cargo como administrador de HABANERA, S.A.U., así como el posterior acuerdo de ampliación de capital en la junta celebrada el 27 de abril de 2020 y el cruce de correos entre el representante de mi mandante y el demandado, la relación entre ambos se encuentra rota, sin entrar a considerar las posibles consecuencias que tendrían para DON GORDON GEKKO la destitución que se está planteando por parte del administrador único de Newco. Son estas circunstancias las que nos hacen justificar la petición para que se acuerde el otorgamiento de esta medida cautelar, para evitar así que el demandado no responda con todos sus bienes presentes y futuros de la cantidad a abonar a mi mandante como consecuencia de las conductas llevadas a cabo en los últimos meses.

Por otra parte, de los hechos descritos en la demanda y de su prueba documental, se deduce que concurren todos los presupuestos legales para acordar la medida cautelar prevista en el art. 727.1ª LEC, por ser medida idónea para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero, consistente en el EMBARGO PREVENTIVO de los pagos que, como consecuencia de su condición de gestor de la empresa de mi mandante, así como de su cargo como administrador de GREED GROUP, S.A., y que ascienden a la suma de 777.777 €.

SEGUNDO.- APARIENCIA DE BUEN DERECHO.- Tanto el documento núm. 4 (escritura de compraventa de acciones de la sociedad HABANERA, S.A.) como el documento núm. 6 (copia del informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR, BV), entiende esta parte que han de permitir a este Juzgado fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable a la adopción de la medida solicitada, como consecuencia de las actuaciones fraudulentas llevadas a cabo por el demandado en su condición tanto de administrador como de gestor.

TERCERO.- PERICULUM IN MORA.- Las reticencias al cumplimiento de su deber como gestor de Newco, así como la situación de falta de liquidez sufrida por HABANERA, S.A. previo a la adquisición de acciones por mi mandante, junto con el desconocimiento de la caducidad de gestión social de una mercantil de acuerdo con los hechos descritos, suponen unas conductas que deben poner en guardia ante la posibilidad de dilatación y obstaculización por la demandada de la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, por ello y dado el elevado importe de la reclamación exigida por las conductas desleales; justifica sobradamente la necesidad de la medida interesada, de la que depende a la postre la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse, conjurando los riesgos aludidos y facilitando la ejecución de la misma.

CUARTO.- CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE LA MEDIDA.- La eficacia de la medida interesada depende de la celeridad de su adopción, pues se desconocen otros posibles incumplimientos del demandado respecto de otras adquisiciones de sus filiales u otras reclamaciones de pago contra el mismo. Es por ello que, conforme autoriza el art. 733.2º LEC se interesa la adopción de esta medida sin audiencia del demandado, con fundamento en la urgencia señalada.

QUINTO.- CAUCIÓN.- Finalmente se ofrece, dando cumplimiento a lo dispuesto por el art. 728.3 de la LEC, caución por importe de MIL EUROS (1.000 €), para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida interesada pudiera causar al patrimonio de la demandada. La expresada fianza ofrecida o la que acuerde el Juzgado, será prestada En el plazo y forma prevista legalmente.

SEXTO.- PRUEBA.- En virtud de lo dispuesto en el art. 732.2º LEC y para acreditar la concurrencia de los supuestos que autorizan la adopción de las medidas cautelares interesadas, propongo como prueba la DOCUMENTAL acompañada con el escrito de demanda, cuya reproducción intereso – en su caso y en la pieza de medidas que se incoe – para su momento procesal oportuno.

SÉPTIMO.- COSTAS.- Las costas deberán imponerse al demandado si se opusiera a la adopción de las medidas cautelares propuestas.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: que teniendo por presentada esta solicitud de medida cautelar de embargo preventivo, por ofrecida la caución que se deja señalada y por propuesta la prueba que se indica en el ordinal sexto del presente OTROSI, impulsando en debida forma el trámite para su adopción sin audiencia del demandado, para en definitiva, dictar auto por el que se acuerde el **EMBARGO PREVENTIVO** de los bienes y derechos de cualquier clase incluidos depósitos y saldos bancarios de la titularidad de DON GORDON GEKKO, ya circunstanciado, por importe de la suma reclamada en concepto de principal de 777.777 €, para lo que se procederá al despacho de los correspondientes embargos por dicha suma para garantizar en su caso la condena que pudiera dictarse en el proceso principal; que admita la caución ofrecida y fije la que se considere, necesaria y que imponga las costas del incidente al demandado si se opusiera a la medida, reiterando justicia, lugar y fecha.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que mi principal, al amparo de lo dispuesto en los arts. 265.1.4º, 269.1 y 336.1 LEC, ha encargado un **informe pericial a experto independiente** designado de parte sobre el valor de mercado de la compañía HABANERA, S.A. con fecha 31 de octubre de 2019 tomando como referencia el EBITDA de dicha mercantil. Acompaño hoja de encargo suscrita por el perito. No disponiendo todavía del resultado de dicha pericia, esta parte manifiesta que lo presentará a la mayor brevedad y en todo caso dentro de los plazos previstos en los arts. 269.1 y 336.1 de la LEC.

TERCER OTROSI DIGO: Que, manifestando la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley en los trámites de este juicio, hago el ofrecimiento al que se refiere el art. 231 LEC al objeto de subsanar los defectos en que pudiera incurrir esta demanda y las sucesivas actuaciones de esta parte.

SUPLICO AL JUZGADO tenga por hechas las anteriores manifestaciones y se sirva acordar de conformidad con las mismas, reiterando justicia, lugar y fecha.

Firma del Abogado

Firma del Procurador

INFORME PREVIO A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En este informe, analizaremos de forma detallada las posibles alegaciones planteadas por los demandados, así como la posibilidad de que se plantee una reconvencción por los demandados.

1. RESPONSABILIDAD DE LA FIRMA DE AUDITORÍA

En vista a los fundamentos esgrimidos por mi mandante en su demanda de reclamación de daños y perjuicios contra los demandados, se prevé la posibilidad de una defensa por parte de Pufosa Asesores Financieros en su contestación en la que se eximan de la responsabilidad que se deriva de la elaboración del informe de auditoría de Habanera, S.A., que es eje central de la mayoría de las cuestiones planteadas en la demanda.

En primer lugar, y en vista a lo ya argumentado en nuestra demanda, los auditores se estima que aleguen en la contestación que no existió negligencia por su parte ya que, pese a lo que establece el art. 6 LAC sobre la necesidad de requerir cuanta documentación sea necesaria, los administradores no responderán de toda documentación que no pudieran haber previsto que se hubiera falseado, ocultado o eliminado con respecto a los estados financieros de la empresa. Así, mientras que siempre deberán responder de cuentas como es la de Pérdidas y Ganancias, en la que deberán quedar fijados todos aquellos ingresos y gastos computables en el ejercicio analizado por la auditoría, y puesto que es una de las cuentas anuales que auditan y que posteriormente quedan aprobadas por la Junta General de la sociedad, deberán responder de cuanta documentación estime que pueda faltar o no cuadre con los parámetros sobre los que deberían encontrarse dichas cifras.

Así, los auditores podrán alegar que hay elementos que forman parte de la actividad económica y estructura financiera de la empresa que se escapan de su mero control o deber de diligencia como auditores, ya que pueden existir pagos en B que se desconozcan y que no haya forma de conocerlos, o bien pueden darse operaciones de grandes cantidades de dinero que no hayan sido aprobadas por el momento por las entidades financieras o de crédito correspondientes, y que por tanto no consten al cierre del ejercicio 2019. En este sentido, entiende la jurisprudencia que la finalidad de la auditoría no es descubrir fraudes, sino ponerlos de relieve cuando ello sea razonablemente posible a través de una adecuada labor técnica de comprobación de los datos que conformen la situación real de la empresa, siendo, pues de aplicación la máxima de los tribunales ingleses que dicta lo siguiente: “El auditor es un perro guardián, pero no un perro de presa”.

Por otro lado, existe la posibilidad de que la defensa letrada de los auditores entienda que el cauce legal para reclamar su responsabilidad por dicho informe es responsabilidad extracontractual o aquiliana (art. 1902 CC), al contrario de la responsabilidad contractual que mi mandante plantea en su demanda de juicio ordinario, lo cual tendría consecuencias directas, como en el plazo de prescripción, que pasaría a ser de un (1) año a contar desde que el perjudicado conociera la existencia del daño (art. 1968 CC). En este sentido, podría basarse en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1986, que establece que “no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial”.

Por último, la jurisprudencia también consagra la relevancia de “la concurrencia de culpas” entre el auditor y el perjudicado o, entre el auditor y un tercero, que conllevará la reducción de la responsabilidad civil del auditor en proporción a su peso en la causación del daño. Es por esto que la defensa del auditor deberá necesariamente, además de analizar la concurrencia o no de los requisitos para declarar la responsabilidad civil del mismo, estudiar casuísticamente la actuación de los sujetos intervinientes en la auditoría y si dicha culpa puede ser compartida, en este caso, junto con los administradores de HABANERA, S.A., respondiendo así solo los administradores por la parte de culpa que les corresponde.

2. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HABANERA

Los administradores de dicha mercantil, que son también administradores de su matriz que es parte demandada solidariamente también, han sido demandados por mi mandante en su condición de personas físicas como consecuencia del falseamiento de cuentas e incumplimiento de su deber social, lo cual tuvo repercusiones directas en el precio pagado por mi mandante en la compra de acciones de Habanera para la posterior constitución de Newco con el capital de aquella mercantil.

El principal argumento que pueden plantear los administradores es la carga de la prueba que recae en mi mandante como actor en este procedimiento, ya que el fundamento en que se basa el supuesto falseamiento de cuentas y negligencia de los auditores es un informe financiero realizado por el departamento interno de la mercantil que es parte demandante en el proceso. En este sentido, pueden argumentar que dicho informe no es vinculante y no tiene la validez legal suficiente como para destruir la opinión favorable otorgada por los administradores, entendiendo

que las cuentas anuales expresaban la imagen fiel del patrimonio y situación financiera. El informe de auditoría se entiende como un proceso legal que abarca el conocimiento de todos los aspectos que engloban una empresa en su entorno económico y su situación financiera, y tiene la consideración de informe técnico de un experto, lo cual no puede equipararse a la opinión de un departamento interno que además, no es externo ni objetivo frente a la adquisición de acciones de la empresa a la que pertenece.

Por otro lado, los administradores pueden alegar que se llevó a cabo un Vendors Due Diligence Report por los administradores de la matriz, que a su vez ostentan el cargo en el órgano de administración de la filial, en la que se hizo constar todas y cada una de las contingencias o elementos que pudieran plantear dificultades de cara a la adquisición de las acciones de la filial. En este sentido, este informe exime de la responsabilidad de cuantas consideraciones se hagan constar y que no sean observadas por el comprador, o bien no revistan un carácter esencial para los mismos, procediendo igualmente a la adquisición de las acciones.

Por último, los administradores podrán alegar que no se entiende el fundamento de la acción de responsabilidad de daños y perjuicios derivados de la sobrevaloración de las acciones de Habanera que fueron adquiridas por mi mandante, ya que no ha quedado probado que haya irrogado un perjuicio económico a mi mandante. En este sentido, pueden entender los administradores demandados que dicho perjuicio o diferenciación entre el precio pagado y el supuestamente tasado para el valor de las acciones ya se encuentra saldado, puesto que mi mandante, en el ejercicio de su cargo como socios mayoritarios de Newco, acordaron un aumento de capital por compensación de un crédito que mantenía dicha sociedad de nueva constitución con SIGAAR, BV. Se entiende que dicho crédito coincide con la diferenciación de precio pagado, y que por tanto ha sido ya compensado por mi mandante, lo cual le ha servido además para aguar la participación de GREED GROUP en la sociedad.

Así, pueden alegar los demandados la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios, evitando así que mi mandante se beneficie de la sobrevaloración que fundamenta esta demanda para posteriormente compensar dicha diferencia a partir de la ejecución de un aumento de capital. Entiende la STC 73/1998, de 21 de abril que:

“La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio,

lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”.

3. RESPONSABILIDAD DE GREED GROUP

GREED GROUP, S.A. se prevé que conteste a la demanda negando los hechos que en ella se relatan, así como su responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios causados a mi mandante por el supuesto falseamiento de las cuentas.

En este sentido, la mercantil alegará que la acción de reclamación por las declaraciones y garantías acordadas en el contrato suscrito el 20 de diciembre de 2019 ha prescrito, puesto que dicha responsabilidad por la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera tenía una vigencia de 12 meses, finalizando por tanto el día 20 de diciembre de 2020, exonerándose de toda responsabilidad por supuestas falsedades en sus estados contables y que tienen resultado en el informe realizado por los auditores.

Por otro lado, y al igual que se alega por parte de los administradores de Habanera, sin daño no puede existir resarcimiento, al no concurrir uno de los elementos integrantes de la responsabilidad civil contractual del art. 1101 CC. Esto se debe a que la sociedad puede entender que dicha falsedad de la que debería responder a causa de las garantías no han producido un daño a mi mandante, que ha podido resarcirlo a partir del acuerdo de ampliación de capital por compensación de un crédito basado en la diferencia de valor pagada por las acciones de la que es titular.

4. RESPONSABILIDAD DE DON GORDON GEKKO

Por último, Gordon Gekko es demandado por supuestas desviaciones clientelares llevadas a cabo bajo su puesto de director o gestor diario de la Newco, evitando así que la sociedad alcance las cotas de mercado esperadas a principio del ejercicio fiscal, y que han producido un hundimiento de las ventas producidas.

En este sentido, el Sr. Gekko podrá alegar que la carga de la prueba para dichas acusaciones recaerá en mi principal como demandante, puesto que no existen hechos probados que puedan inducir a pensar que se están desviando clientes de la Newco en beneficio de otra sociedad que pretende crear Gordon Gekko y cuya existencia es un incierto. Por otro lado, puede argumentar que la

bajada del número de ventas que se esperaban para este año tiene como causa principal la pandemia, la cual ha afectado en gran consideración a numerosos negocios que han visto su actividad económica paralizada, y que ha llegado a afectar a prácticamente todos los sectores del mercado.

Por último, el Sr. Gekko puede alegar que nunca existió un pacto de no concurrencia en Newco que evitase cualquier otra actividad económica que estuviera directamente relacionada, así como que evitase la posibilidad de que, al dejar la compañía, pudiera hacer competencia a la misma en una empresa del mismo sector.

5. RECONVENCIÓN

La reconvencción puede entenderse como *“una demanda contraria que formula el demandado contra el demandante, aprovechando la oportunidad del proceso pendiente iniciado por éste”*. En este sentido, el artículo 406.1 de la LEC, dentro de la regulación del juicio ordinario, dispone que, al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante.

En este sentido, los demandados, de forma conjunta o individual, pueden plantear reconvencción contra mi mandante o contra *sujetos no demandantes, pero siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenccional* (artículo 407.1 LEC).

Los administradores de Habanera podrán plantear una demanda para la impugnación de acuerdos sociales de la Newco, en la que ostentan el 25% de acciones sociales, entendiendo que dicha ampliación se ha llevado a cabo con abuso de mayorías y en perjuicio de los socios minoritarios. Pueden entender los administradores que se ha producido una alteración de las minorías, así como un aguamiento de su participación social en la mercantil, ya que la ampliación de capital no ha sido emitiendo nuevas acciones sino compensando un crédito que mantenía con mi mandante, lo que ha producido que éste ostente ahora el 95% de acciones de la sociedad dejando a GREED GROUP con solamente el 5% de las mismas.

El fundamento de esta impugnación se basa en que dicho acuerdo está produciendo un daño patrimonial a la sociedad, beneficiando de forma exclusiva a uno de los socios, imponiéndose de forma abusiva por la mayoría social en la Junta General. De acuerdo con las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1999 y de 9 de octubre del 2000, *“la lesión que se produzca no tiene que ser actual, siendo suficiente el peligro potencial que plantee; el daño no tiene por qué*

ser económico, pudiendo consistir en ventajas políticas, sociales o profesionales; y entendiendo el interés social como la suma de los intereses particulares de todos los socios”.

Entiende en esta línea las sentencias de la AP de Barcelona de 25 de enero de 1995 y de la AP de Madrid de 30 de marzo de 1993 que constituyen ejemplos de lesión del interés social en beneficio de algunos socios la ampliación de capital cuya única finalidad es romper el equilibrio del reparto de poder de decisión preexistente.

BIBLIOGRAFÍA

116 Cardoman Limited v MacAlister [2019] EWHC 1200.

CARRASCO PERERA, A. “Incumplimiento de la garantía de la contabilidad como «imagen fiel» en la compraventa de empresas” Análisis GA-P (septiembre 2019). Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/09/Incumplimiento-de-la-garant%C3%ADa-de-la-contabilidad.pdf>.

GIL NOGUERAS, L. A. “La valoración de la prueba electrónica en el proceso civil” *Práctica de Tribunales*, N° 130; Wolters Kluwer (Enero-Febrero 2018). Disponible en: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1CTEAAiMzI0tLM7Wy1KLizPw8WyMDQwsDQ0NTkEBmWqVLfnJIZUG qbVpiTnEqAF9IY7c1AAAAWKE>.

GONZÁLEZ, N. “La responsabilidad de los tratos preliminares al contrato”. Disponible en: <http://www.torresabogados.com/2016/12/20/la-responsabilidad-de-los-tratos-preliminares-al-contrato/>.

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

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

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.

Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 2ª, de 26 de noviembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 19 de noviembre de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de enero de 1995.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm. 119 de 13 de mayo de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de marzo de 1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de septiembre de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo 1059/2008, de 20 de noviembre (*ENA*).

Sentencia del Tribunal Supremo 230/2011, de 30 de marzo (*Dental 900*).

Sentencia del Tribunal Supremo 306/2019, de 3 de junio de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo 3292/2009 de 27 de marzo de 2009
Sentencia del Tribunal Supremo 3845/2014, del 25 de junio de 2014.
Sentencia del Tribunal Supremo 4908/2009 de 16 de julio de 2009.
Sentencia del Tribunal Supremo 5036/2006 de 7 de septiembre de 2010.
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2006.
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007.
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2018.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2006.
Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009.
Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2007
Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre del 2000.
Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006.
Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2006.